



HAL
open science

Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles.

Kouakou Stéphane Bohoussou

► To cite this version:

Kouakou Stéphane Bohoussou. Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles.. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français. NNT : 2015BORD0133 . tel-01583016

HAL Id: tel-01583016

<https://theses.hal.science/tel-01583016>

Submitted on 6 Sep 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

THÈSE PRÉSENTÉE
POUR OBTENIR LE GRADE DE
DOCTEUR DE
L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT

Spécialité : Droit privé

Par Kouakou Stéphane BOHOUSSOU

**Réflexion critique sur l'efficacité des suretés réelles en droit OHADA,
proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des suretés réelles**

Sous la direction de : Denis POHE

Soutenue le 18 septembre 2015

Membres du jury :

M. PIETTE, Gaël
M. LEMOULAND Jean-Jacques
Mme LOHOUES-OBLE Jacqueline
M. POHE Denis

Université de Bordeaux
Université de Pau et des pays de l'Adour
Université Felix HOUPHOUET BOIGNY
Université de Bordeaux

Président
Rapporteur
Rapporteur
Directeur

L'université de Bordeaux n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Celles-ci sont propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à l'endroit de mon directeur de thèse, monsieur Denis POHE, qui a accepté de consacrer du temps à l'encadrement de mes travaux. Au-delà de sa rigueur scientifique, je tiens à lui témoigner ma reconnaissance pour avoir su nous inculquer la patience et l'abnégation, armes essentielles au chercheur débutant.

Mes remerciements sont ensuite adressés à madame la professeure Jacqueline LOHOUËS-OBLE et aux professeurs Jean-Jacques LEMOULAND et Gaël PIETTE qui, nonobstant leurs différentes occupations, ont accepté de siéger dans ce jury.

Enfin, d'un point de vue plus personnel, je tiens à témoigner ma reconnaissance à toutes ces personnes qui n'ont jamais cessé de nous porter dans leurs prières. Qu'il me soit permis d'avoir une pensée particulière pour les personnes qui sont parties trop tôt : **Christelle B.**

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

al. : Alinéa	com. : Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
anc. : Ancien	Contra : Opinion ou solution contraire
art. : Article	Contrats, conc. consom. : Revue LexisNexis Contrats-Concurrence-Consommation
ASS : Afrique Subsaharienne	D. : Recueil Dalloz
Ass. plen. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation	Defrénois : Répertoire du Notariat Defrénois
AUS : Acte uniforme portant organisation des sûretés	DH : Dalloz hebdomadaire
AUPCAP : Acte uniforme portant organisation procédure collective d'apurement du passif	dir.: Sous la direction de
AUPSRVE : Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution	DP : Dalloz périodique
BERD : Banque Européenne pour la Reconstruction et le développement	Dr. et patrimoine : Revue Lamy droit et patrimoine
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles	éd. : Édition
CA : Cour d'appel	Fasc. : Fascicule
C. civ. : Code civil	Gaz. Pal. : Gazette du palais
C. com. : Code de commerce	Ibid. Ibidem : au même endroit
C. consom. : Code de la consommation	Id. : Idem
C.C.Q. : Code civil du Québec	In : dans
civ. : Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation	In fine : À la fin
chron. : Chronique	Infra : Plus bas
C. monét. fin. : Code monétaire et financier	IR : Informations rapides
CNUDCI : Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International	J.-Cl. : Encyclopédie Juris-Classeur
	JCP E : Juris-classeur périodique, édition entreprises et affaires
	JCP G : Juris-classeur périodique, édition générale
	JCP N : Juris-classeur périodique, édition notariale et immobilière
	J.D.S : Journal des sociétés

JO : Journal officiel
loc. cit. : Loco citato, à l'endroit cité
LPA : Les petites affiches
n° : Numéro
Obs. : Observations
OCDE : Organisation de Coopération et de Développement Economique
OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droits des Affaires
op. cit. : Opere citato, dans l'ouvrage cité
O.R.C.C. : Office de Révision du Code Civil
P.I.B : Produit Intérieur Brut
Préf. : Préface
Rappr. : À rapprocher
RD aff. int. : Revue de droit des affaires internationales
RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse
RD bancaire et financier : Revue de droit bancaire et financier
RDC : Revue des contrats
Rev. Dr. Unif. : Revue de droit uniforme
RDU : Revue de droit uniforme africain
Rép. civ. : Répertoire civil Dalloz
Rép. com. : Répertoire commercial Dalloz
Req. : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
RIDC : Revue internationale de droit comparé

RIEJ : Revue interdisciplinaire d'études juridiques
Rev. proc. coll. : Revue des procédures collectives, civiles et commerciales
RJ com. : Revue de jurisprudence commerciale
RJP : Revue juridique et politique
RLDA : Revue Lamy droit des affaires
RLDC : Revue Lamy droit civil
RRJ : Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
S. : Sirey (recueil)
s. : suivant(s)
SFI : Société Financière Internationale
suppl. : Supplément
t. : Tome
TCA : Tribunal de commerce d'Abidjan
TGI : tribunal de grande instance
th. : Thèse
UCC : Uniform commercial code
Unidroit : Institut international pour l'unification du droit privé
V. : Voir
vol. : Volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	7
PARTIE 1 : UNE EFFICACITE DES SÛRETES REELLES AFFAIBLIE PAR DES INCOHERENCES LEGISLATIVES	23
TITRE 1 : LES INCOHERENCES STRUCTURELLES DU REGIME DES SÛRETES REELLES	26
CHAPITRE 1 : L'INSUFFISANTE RATIONALISATION DU DROIT DES SÛRETES MOBILIERES.....	27
CHAPITRE 2 : LES INCOHERENCES DANS LA REGLEMENTATION DE LA GARANTIE IMMOBILIERE.....	105
TITRE 2 : L'INCOHERENCE LEGISLATIVE DANS LA REALISATION DES SÛRETES REELLES	167
CHAPITRE 1 : LE CANTONNEMENT DE L'EFFICACITE DES SÛRETES REELLES TRADITIONNELLES DANS LEUR MISE EN ŒUVRE	168
CHAPITRE 2 : LA RELATIVE AMELIORATION DE L'EFFICACITE DES SÛRETES REELLES NOUVELLES	223
PARTIE 2 : UNE EFFICACITE DES SÛRETES REELLES OHADA RENFORCEE PAR L'UNIFORMISATION	292
TITRE 1 : LA DETECTION DES ELEMENTS ESSENTIELS A L'UNIFORMISATION	295
CHAPITRE 1 : L'INDISPENSABLE DEFINITION DES CONCEPTS CLES DE L'UNIFORMISATION.....	297
CHAPITRE 2 : LES INTERETS D'UNE UNIFORMISATION DU DROIT DES SÛRETES REELLES OHADA	356
TITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION DU DROIT DES SÛRETES REELLES OHADA UNIFORMISE	391
CHAPITRE 1 : LE REJET DE L'APPROCHE FONCTIONNELLE ABSOLUE	393
CHAPITRE 2 : POUR UNE APPROCHE FONCTIONNELLE ADAPTE AU CONTEXTE DU DROIT OHADA	426

INTRODUCTION

« Les normes juridiques pour être efficaces doivent d'abord être utiles, tant il est vrai que les lois inutiles affaiblissent les lois nécessaires »¹

1. La problématique de l'efficacité des sûretés réelles pose d'une manière générale la question de la sûreté réelle idéale recherchée par les praticiens, que l'on soit dans le cadre d'une simple opération de crédit ou dans celui d'une procédure collective d'apurement du passif.

2. Une bonne sûreté ou une sûreté « idéale » selon certains auteurs², est un instrument économique de premier plan. Ainsi, est dite idéale, une sûreté qui procure une chance maximale de paiement et dont la constitution et la réalisation sont simples et peu onéreuses. Pour d'autres³, un bon système de sûreté se vérifie, dans la vie économique et juridique, à trois niveaux :

« D'abord, il apporte la quiétude ou un supplément de quiétude au créancier qui, redoute non seulement le défaut de remboursement, mais encore la fuite du débiteur.

Ensuite, il profite au débiteur, commerçant ou non, en préservant et en augmentant leur crédit, avec pour effet de décider d'autres personnes à devenir leurs créanciers ».

Enfin, un bon système de sûretés ne doit pas seulement permettre un élargissement du crédit, mais encore le régime juridique de sûretés qui le compose, doit lui-même apporter la sécurité.

¹ Montesquieu dans l'esprit des lois, livre XXIX, chapitre XVI « chose à observer dans la composition des lois cité par M-L. B.GAINCHE in gouvernance et efficacité des normes juridiques, l'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ?, Bruylant, 2012, p. 89.

² Ph. MALAURIE, L. AYNES, par L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, n° 8.

³ A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés, constatations et questions », in *Les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belges ; sûretés issues de la pratique ; droit international privé)*. Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, éd. FEDUCI, 1984, p. 11.

3. Traiter de l'efficacité des sûretés réelles impose que nous définissions au préalable la notion même de sûreté, car il serait illusoire d'évaluer une chose dont on ignore la définition.

Anciennement définies, comme « les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci »⁴, les sûretés aujourd'hui avec l'AUS révisé se voient reconnaître un domaine plus restreint⁵. Une précision est cependant faite par l'alinéa 2 de l'article 4 qui s'attèle à préciser les droits dont jouit le créancier titulaire d'une sûreté réelle sur un bien de son débiteur.

4. Si le mérite du législateur ne semble pas résider dans la clarté⁶ de cette définition des sûretés, il pourrait toutefois se trouver dans son effort d'apporter une définition à cette notion source de polémique dans la doctrine. En effet pour certains, il faut s'en tenir à une approche conceptuelle des sûretés, pour d'autre il faudrait voir plus large et se départir du principe du *numerus clausus* en optant pour une définition fonctionnelle.

Ce débat qui secoue depuis toujours la doctrine française,⁷ voire la doctrine OHADA, paraît dans le contexte socio-économique et culturel de notre droit communautaire, un luxe que nous ne pouvons pas nous payer pour une double raison. D'un point de vue théorique, ce débat n'a d'intérêt qu'académique ou pédagogique⁸. Dans un sens plus pratique l'objectif premier d'un créancier c'est de recouvrer sa créance, peu importe le mécanisme qu'il emploiera. Car de façon paradoxale alors que nous sommes dans le droit du crédit et donc de la confiance, c'est justement le manque de confiance⁹ en son débiteur qui pousse le créancier à solliciter des garanties et sûretés.

⁴ Article 1^{er} ancien AUS.

⁵ Article 1^{er} AUS : « Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant. ».

V. aussi dans le sens de cette définition celle donné par P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, n° 282, p. 234, qui appréhende la sûreté comme : « [...] l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement ».

⁶ V. *Infra*, p. 28 et s.

⁷ V. *Infra*, p. 298 et s.

⁸ V. dans ce sens, P. ANCEL, *Droit des sûretés*, coll., Objectif droit, LexisNexis, 2014, n° 26 qui pense d'ailleurs qu'il est plus opportun, d'un point de vue pédagogique d'adopter une conception large de la notion de sûreté ; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le code civil du Québec*, 4^e éd., Yvons Blaise, 2010, n° 9, p. 5.

⁹ V. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n° 2. Ces auteurs estiment que le paradoxe du droit des sûretés réside dans le fait même de prendre une sûreté. Car en le faisant, c'est « fondamentalement ne pas faire confiance au débiteur, ou, du moins, ne lui accorder qu'une confiance vigilante ».

Pour des pays qui aspirent à un développement de leur espace économique, il nous paraît plus raisonnable de faire le choix d'une approche fonctionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier afin de fédérer tous les mécanismes de garanties de paiement qui pourraient susciter la confiance et partant, l'accès au crédit à une frange plus importante de la population.

Ainsi, dans le cadre de cette étude, nous emploierons indistinctement les termes « sûreté » et « garantie », car pour nous aucun intérêt pratique ne pourrait véritablement justifier une distinction dans le contexte socio-économique et culturel du droit des sûretés réelles OHADA.

5. De « *securitas* » la sûreté renvoie à la notion de sécurité, notion centrale en droit, notamment en référence à la sécurité juridique. Pour autant, le rôle des sûretés les situe en l'occurrence dans le cadre du droit du crédit dont elles sont les catalyseurs et les auxiliaires.

6. Le crédit constitue le moteur du développement, car il est à la base de toute activité économique. Mais, s'il est une donnée fondamentale, il n'en constitue pas moins une donnée fragile. Comme le suggère l'étymologie du terme crédit qui vient de "*credere*", celui-ci suppose la confiance. Il s'en suit que le créancier, en faisant crédit au client, fonde sa décision sur l'espoir de récupérer les fonds prêtés au moment convenu. Par conséquent, le facteur temps joue ici un rôle déterminant en ce qu'il introduit une incertitude liée au fait que bien des événements peuvent intervenir avant le remboursement des fonds, et déjouer ainsi les prévisions les plus raisonnables. À ce sujet, la formule du Professeur VASSEUR, selon laquelle « le crédit est l'échange du présent contre le futur »¹⁰, traduit parfaitement cette situation.

7. Un certain nombre de mécanismes destinés à garantir le risque d'impayé existent à cette fin. Les uns sont inhérents au rapport d'obligation et permettent à tout titulaire d'un droit de créance de se prémunir contre le risque d'insolvabilité de son débiteur. Ce sont les garanties *lato sensu*¹¹. Les sûretés sont une catégorie spécifique de garanties que la convention des parties, la loi ou le juge peuvent accorder au créancier contre les risques de défaillance de son débiteur. De ce point de vue, leur fonction est à la fois juridique et économique ; elles

¹⁰ M. VASSEUR, « L'entreprise et l'argent », *D.* 1982, Chron., p. 13 et s.

¹¹ Le droit de gage général du créancier chirographaire et les actions qui le préservent (l'action oblique et l'action paulienne notamment). La responsabilité du débiteur en cas d'inexécution de ses obligations.

garantissent au contrat sa force obligatoire et facilitent l'obtention du crédit. Les sûretés sont personnelles ou réelles, selon qu'elles portent sur le patrimoine d'un tiers engagé au côté du débiteur ou qu'elles portent sur un bien ou un ensemble de biens affectés au paiement du créancier.

8. Le rôle des sûretés dans le crédit est tel qu'elles ne doivent donc en principe souffrir d'aucune remise en question de leur nécessité, en somme de leur efficacité.

9. Les sûretés réelles de l'OHADA totalisent aujourd'hui plus d'une décennie d'existence. S'interroger sur leur efficacité ne saurait donc être taxé d'empressement. Et, il est certain que si le droit des sûretés réelles actuelles donnait entière satisfaction aux acteurs du monde du crédit et surtout au législateur africain, personne ne songerait à s'interroger sur son efficacité¹².

10. Les plumes les plus autorisées ont accueilli favorablement les réformes opérées dans l'environnement juridique de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), notamment celles survenues à propos de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés¹³ (AUS). Dans ce contexte, une réflexion critique sur le nouvel AUS peut paraître malavisée à l'image d'un coup d'épée doctrinal dans l'océan paisible du nouveau droit des sûretés OHADA. Heureusement, le vingtième anniversaire de l'organisation célébré il y a quelques mois autorise en premier lieu la remise en question de la réforme. En second lieu, l'aspect pratique que nous essayons de donner à cette étude vise à renouveler l'intérêt de la discussion autour du nouvel AUS. En effet, le but de notre recherche n'est pas de revenir sur toutes les innovations de l'AUS. Elle vise plus modestement à relever, pour tenter d'y répondre, certains questionnements soulevés par la pratique au sujet de l'efficacité des sûretés réelles à la suite de la refonte opérée.

11. Se poser des questions sur l'efficacité d'une matière revient souvent à affirmer qu'elle lui fait défaut, du moins en partie. Lorsque l'efficacité est présente, on la remarque à peine.

¹² V. L. B.YONDO, « Enjeux économiques de la réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *in* Dr. et patr., n° 197 novembre 2010, p. 49 ; Il expose ici la volonté du législateur communautaire de renforcer l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles et de consacrer la propriété sûreté comme sûreté réelle en droit OHADA.

¹³ Originellement régi sous l'égide de l'OHADA par l'AUS du 17 avril 1997, le droit des sûretés est actuellement organisé dans l'espace OHADA par un nouvel Acte uniforme adopté le 15 décembre 2010 à Lomé au Togo. Le nouvel acte uniforme est entré en vigueur le 16 mai 2011 et a abrogé l'acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997.

En revanche, quand elle fait défaut, on se rend compte aussitôt des difficultés que pose son absence¹⁴.

12. Il faut partir du fait qu'au regard de l'importance de leur rôle dans le développement économique et l'accès au crédit, les sûretés réelles doivent nécessairement répondre à certains facteurs juridiques, sociologiques, économiques et politiques dont dépendent véritablement leur existence et leur probable évolution¹⁵.

13. Mais le débat sur l'efficacité semble plus complexe qu'il paraît, car la notion d'efficacité, de même que celles d'effectivité, de performance ou d'efficience, notions issues des sciences économiques, sont rebelles à une définition juridique précise. Le terme est certes fréquemment employé par la doctrine, mais il n'est pas assorti d'un contenu juridique précis. Pour être en vogue, le terme efficacité n'en reste donc pas moins empreint d'obscurité.

14. L'adjectif « efficace » provient du latin « efficax,-acis » (agissant, efficace). Selon la définition habituelle que l'on retrouve dans les divers dictionnaires généralistes, efficace signifie « qui produit l'effet attendu », « qui réussit »¹⁶. Il est toutefois possible de construire une différenciation entre efficacité et effectivité et de conférer au terme « efficacité » une certaine spécificité. Le point de départ est l'écart, en langage ordinaire, entre « ce qui produit les effets » (=effectif) et « ce qui produit les effets attendus », espérés, souhaités, désirés¹⁷ (=efficace).

15. Dans le dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit¹⁸, l'efficacité est décrite comme « le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent ». J. F. PERRIN résume l'efficacité de manière

¹⁴ T. TAURANT, « Efficacité juridique et droit du travail », in *R.R.J.*, 2006-4, t. 2, p. 2367 et s.

¹⁵ V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, n°14 ; Olga BALLAL, *Les usages et le droit OHADA*, préf. Pierre MOUSSERON, PUAM, 2014, vol. VII, n°58 et s ; D. KOUNDE, *Les actes uniformes OHADA et la croissance économique des États d'Afrique de la zone Franc*, Th., Perpignan, 2005, p. 154.

¹⁶ Cf. le dictionnaire de l'académie française, 9^e éd. ; Le petit Larousse, 2006, p. 396 ; Trésor de la langue française.

¹⁷ L'adjectif « souhaité/désiré » est à privilégier car il est plus clair que « attendu ». Vague, ce dernier terme pourrait à la limite désigner un effet pervers ! Le législateur peut « s'attendre » à tel effet pervers de sa loi, bien qu'il ne le souhaite pas. Analytiquement, il est utile et possible de distinguer : effets souhaités/ non-souhaités (par le législateur), effets prévus/ non prévus (par le législateur). Voir à ce propos CH. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.*, 1998, p. 130.

¹⁸ ROMANO BETTINI, « efficacité », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., LGDJ, 1993.

suivante « *l'auteur de la norme juridique poursuit un dessein et, pour atteindre son objectif, il choisit un moyen* ». Dès lors, une mesure ultérieure de l'effectivité de cette norme consistera à « *évaluer le degré d'utilisation réelle du moyen* » et celle de son efficacité, le degré de réalisation de l'objectif »¹⁹.

16. Le concept ainsi dégagé de « l'efficacité » suppose donc que le scientifique du droit s'attache à la raison d'être de la norme, le *ratio legis* ou, en d'autres termes, au but²⁰. Le but sert de critère pour évaluer, de façon positive ou négative, les performances empiriquement constatables d'une norme juridique, voire du droit tout entier. Le but permet d'en mesurer le caractère adéquat, adapté (efficace).

17. Depuis longtemps, les juristes²¹ ont insisté sur l'importance de cette mission et sur l'utilité du recours aux méthodes des sciences sociales en vue de mieux apprécier les effets réels du droit. Ce n'est toutefois que depuis une quinzaine d'années que l'exigence d'une véritable évaluation du droit a été jugée prioritaire aussi bien par les juristes que par le législateur et les gouvernements. L'évaluation répond à une exigence pratique, celle d'un meilleur suivi des lois, mais aussi à une vocation symbolique : donner du travail législatif et gouvernemental l'image d'une plus grande rationalité, d'une efficacité accrue.

18. L'évaluation de l'efficacité du droit est rendue délicate tout d'abord en raison de la variété de nature des règles de droit. On ne peut ensuite apprécier l'efficacité d'une loi sans la rapporter à la politique d'ensemble dont elle ne constitue qu'un élément.

La question de l'évaluation du droit des sûretés réelles à travers le prisme de l'efficacité va nous conduire sur le terrain de la recherche du parfait à savoir la sûreté accomplie ou « idéale »²².

19. Une sûreté idéale est-elle une sûreté efficace et vice versa ?

¹⁹ J. -F. PERRIN, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève-paris, 1979, p. 91.

²⁰ V. sur les différentes sources possibles des buts, LUC HEUSCHLING, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité, l'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ? », Bruylant, 2012, p. 51. Selon lui trois types de but sont à distinguer desquels découlent trois concepts différents de l'efficacité.

²¹ F. RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 126 à 149.

²² V. L AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, op. cit., p. 6 à 7. Ces auteurs ajoutent aussi que « [...] la garantie idéale n'existe pas. Tous les débiteurs ne peuvent offrir les mêmes sûretés et tous les créanciers n'ont pas besoin des mêmes sûretés ».

Au premier abord, on pourrait être tenté de répondre par l'affirmative. Car, à voir les critères de la sûreté idéale²³ et de la définition²⁴ donnée par certains auteurs, sûreté idéale et sûreté efficace sont presque synonymes.

Mais cette réponse souffre de lacunes. En effet, de la définition de l'efficacité, on retient qu'il faut une adéquation entre l'objectif poursuivi, d'une part, et les effets que les normes produisent, d'autre part. Alors on pourrait déduire qu'une sûreté idéale n'est pas en droit OHADA une sûreté efficace, car le but du législateur africain est, à la fois, de favoriser un environnement juridique et judiciaire sûr et par corollaire un développement du crédit. Or, pour qu'il y ait circulation du crédit, il faut à la fois un créancier et un débiteur. Si le but du droit des sûretés se résume comme le soutient PASTAUD à permettre seulement au créancier un recouvrement rapide de sa créance²⁵ et en toutes circonstances, on n'aurait plus d'adéquation et par conséquent pas d'efficacité.

20. Le droit des sûretés étant une discipline en perpétuelle évolution²⁶, le choix des critères de détermination de son efficacité doit se faire en tenant compte de l'espérance de vie de ces critères. Il nous paraît donc plus logique de proposer une fusion des critères développés aussi bien par la matière économique que les sciences juridiques afin d'obtenir ce droit des sûretés réelles efficace, voire idéal, qui privilégie l'atteinte de l'efficacité économique sans négliger la sécurité juridique.

21. La sûreté réelle efficace est donc en notre sens celle qui tout en prenant en compte les intérêts de l'emprunteur et des tiers, assure pleinement son rôle d'accessoire du contrat de prêt. En somme, cette sûreté réelle qui rassure à la fois le créancier et qui ne dilapide pas le crédit du débiteur. Par conséquent, pour parvenir à l'efficacité recherchée, le créancier doit se constituer des sûretés présentant le maximum de qualités idéales d'une bonne garantie. Cette dernière doit être praticable, rapide et simple, aussi bien dans sa constitution que dans sa mise en œuvre. Mais elle doit surtout être adaptée à l'importance du crédit et opposable aux tiers.

En réalité, aucune sûreté ne remplit systématiquement les qualités que nous avons énumérées et qui du reste semblent inconciliables. Il serait extrêmement difficile de concilier

²³ V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.*, p. 7.

²⁴ Ph. PASTAUD, *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, th., Limoges 1979, pour qui, « Une sûreté est efficace lorsqu'elle permet au créancier qui en est titulaire d'obtenir au plus vite et en toutes circonstances le paiement du créancier ».

²⁵ Ph. PASTAUD, *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, *op. cit.*, p. XIX.

²⁶ V. F. RANGEON, *op. cit.*, p. 126 à 149.

l'obligation d'informer les tiers avec une opération simple, peu coûteuse et rapide dans l'intérêt commun du créancier et du débiteur.

22. Concilier des intérêts aussi divergents que ceux du créancier et du débiteur dans la quête de l'efficacité des sûretés, il faut l'avouer, relève d'une gymnastique juridique fastidieuse qui traduit les deux facettes (juridique et économique) de cette notion. Face à ces risques et contraintes, il est dès lors tout à fait légitime que les pourvoyeurs de crédit ou créanciers²⁷ cherchent à consolider leurs droits de créances en recourant à des garanties.

23. Il s'agit donc de démontrer que l'analyse des sûretés réelles sous l'angle de l'efficacité permet de proposer une réforme²⁸ du droit en vigueur, qui rompt avec l'insécurité actuelle et s'accorde avec les nouvelles contraintes économiques mondiales.

24. À la question de savoir si le droit des sûretés réelles est efficace, il faut dire que tout dépend du rôle que l'on veut lui faire jouer.

25. La recherche sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA doit donc se conjuguer avec celle du but²⁹ recherché, l'objectif visé par le législateur communautaire quand il a pensé à la réforme des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier.

26. L'objectif général du projet de réforme du droit OHADA des sûretés vise principalement à améliorer l'environnement du droit des affaires dans l'espace OHADA, par le biais de l'actualisation et de la modernisation de l'Acte uniforme OHADA du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés. Le soutien des établissements de crédit dans les financements apportés aux opérateurs économiques pour leurs investissements, et aux particuliers pour

²⁷ Il s'agit généralement des institutions bancaires.

²⁸ C. MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », in R.I.E.J., 1998. 40. Les effets du droit sont indispensables mais ne nous informent que partiellement de ce qui lie le droit au réel. une fois les effets identifiés, encore faut-il les évaluer. de ce point de vue, deux concepts sont centraux : l'efficacité et l'efficience. Ce sont d'étude du droit qui ont en commun le type de démarche : ils permettent de porter un jugement sur les effets du droit et d'aller au de la simple constatation de répercussions particulières du droit dans le réel
D'une part, l'efficacité pose la question de l'adéquation des moyens utilisés aux fins posées ; d'autre part, l'efficience interroge la rentabilité « économique » de la loi.

²⁹ Voir sur la définition et les différentes catégories de but L. hoschling, *op. cit.*, p.51.

soutenir la consommation des ménages, constitue une des conditions essentielles du développement économique du secteur privé dans la zone OHADA³⁰.

Il convient d'indiquer qu'il est constant que, l'accès au financement et le développement du crédit sont déterminés en grande partie par la capacité d'un débiteur à offrir librement une garantie fiable aux prêteurs. Aussi, le droit OHADA des sûretés doit-il édicter des règles de nature à favoriser la confiance, « clé de voûte » des activités de crédit, et à susciter, plus généralement, l'attractivité³¹ du droit des affaires³².

27. La réforme avait comme objectif spécifique la formulation de solutions novatrices et équilibrées, de nature à renforcer davantage les qualités de souplesse, de lisibilité et d'accessibilité³³ du droit OHADA des sûretés, nécessaires au développement du crédit.

28. Autrement dit, l'acte uniforme portant organisation des sûretés a été adopté et révisé pour répondre à des impératifs de sécurité juridique, mais aussi et surtout pour des questions économiques.

En effet, le législateur, à travers cette réforme, souhaitait répondre à la fois aux aspirations du monde économique et à celui du monde juridique. Attractivité, et sécurité juridique gouvernaient cette réforme qui se devait de susciter le développement économique des États parties à l'OHADA en facilitant l'accès au crédit pour les entreprises en priorité, mais également aux populations en général. Mais en amont, cette facilitation de l'accès au crédit et donc du développement économique devait être entraînée par la confiance chez les dispensateurs de crédits, les investisseurs et les créanciers. C'est sur les créanciers apporteurs de capitaux que repose l'économie tout entière. Sans eux, pas d'innovation, pas de compétitivité, pas de créativité, pas de productivité. La menace est tant de décourager les apporteurs de capitaux qu'ils en deviennent frileux ne voulant plus prendre de risque. La conséquence en serait de plonger ainsi l'économie du pays dans une profonde et durable crise avec tous les relents sociaux que cela pourrait avoir.

³⁰ V. B. S. DIARRAH, « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 5, 2011, p. 3.

³¹ V. Dictionnaire Petit Larousse illustré 2012, Est attractif ce qui a la propriété d'attirer, qui plait, qui séduit, qui présente un avantage ; V. à ce propos D. H. LABITEY, « Quels droit des sûretés réelles pour l'OHADA ? », in, revue congolaise de droit des affaires, n° 6, p.37, www.ohada.org, Ohadata D-12-48.

³² Rapport pour le Secrétariat Permanent de l'OHADA, 15/11/09 AUS, inédit, cité par Boubacar S. DIARRAH, *op. cit.*, p. 4.

³³ V. M. D. KODJO GNINTEDEM, « Heurs et malheurs de l'article 4 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, p. 295 et s., spéc., p. 295.

29. L'efficacité du droit des sûretés réelles, en tant que garantie du crédit est donc primordiale car, dans la perspective d'une économie mondialisée, elle permet d'attirer des investisseurs étrangers sur le territoire national. Dans cette optique, il est important que l'efficacité se retrouve dans toutes les situations. Lorsque le débiteur est *in bonis*, mais surtout lorsqu'il fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité³⁴.

30. Les réformes d'envergure menées par le législateur OHADA n'ont toutefois pas suffi à éteindre tous les problèmes fondamentaux qui sapent l'efficacité globale du système des sûretés réelles, car elles furent marquées par de nombreuses hésitations.

Les résultats de ces hésitations dans le choix d'une orientation législative ambitieuse des sûretés réelles se sont cristallisés dans le maintien à la fois de la multiplicité de régime au sein des sûretés réelles préférentielles (gage, nantissement), mais surtout dans la conservation de modèles de sûretés réelles qui étaient pourtant décriés. En effet, le législateur OHADA tout comme son homologue français³⁵, a souhaité faire du gage avec dépossession une exception. Or, la distinction actuelle entre le gage avec dépossession et sans dépossession n'est ni simple ni limpide. En effet, le législateur a mélangé les genres en affublant d'une dépossession fictive certains gages (appelés désormais nantissements lorsqu'ils portent sur des biens incorporels) dits sans dépossession (par exemple, les nantissements de compte-titres, de créance, ou de logiciel). En outre, il a maintenu cette multitude de nantissements spéciaux sans dépossession à côté du gage sans dépossession de droit commun. Ce foisonnement chaotique³⁶ des différents régimes de sûretés mobilières qui existait déjà et avait été dénoncé avant la réforme de 2010 persiste malgré les nombreuses innovations effectuées.

31. Le législateur a modifié la catégorie des nantissements, désormais réservée aux seules garanties portant sur des biens incorporels. Cette classification dénote d'une volonté de différencier les régimes des sûretés mobilières en fonction de l'assiette de la garantie³⁷, tout comme son homologue français, et ce au détriment d'une conception uniforme de la notion de

³⁴ V. dans ce sens, M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, th., Toulouse 1 Capitole, 2013, p.16.

³⁵ L. AYNÈS, « La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Présentation générale de la réforme », *D.* 2006. chron. p. 1289; D. LEGEAIS, « Présentation de la réforme du droit des sûretés. Une symphonie inachevée », *R.D. bancaire et fin.* 2005.3.67, n° 31 et 32; Reinhard DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, chron. p. 1298.

³⁶ D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 9-29.

³⁷ C. ALBIGES et Y. PICOD, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll., « HyperCours Dalloz », Paris, Dalloz, 2013, n° 2-4.

sûreté réelle. Toutefois, ironie de l'histoire, la réalisation³⁸ de sûretés mobilières sur des biens incorporels telle que le nantissement de compte bancaire est soumise, selon les paragraphes 2 et 3 de l'article 144 de l'AUS, aux dispositions prévues pour le gage de biens meubles corporels. Ainsi, la portée de la distinction entre gage et nantissement se trouve amoindrie par l'effet de cette disposition³⁹.

32. Par ailleurs, il renvoie, de manière laconique, le régime des nantissements de biens incorporels à celui du gage de droit commun. Le malaise est à son comble lorsqu'on prend conscience que les dispositions spéciales ne sont pas complètes, en ce sens que les nantissements concernés ne font pas l'objet de règles spéciales relatives à leur effet ou leur réalisation. Seuls les régimes spéciaux en tant que tels, comme ceux concernant le nantissement de créance, de compte de titres financiers, peuvent « survivre » sans le droit commun du gage. Ils sont dès lors cantonnés au régime du gage de droit commun qui joue un rôle subsidiaire. Ce morcellement des régimes ne peut guère susciter l'approbation⁴⁰.

33. Le législateur se pose par ailleurs en arbitre partial du duel entre sûretés réelles préférentielles et propriétés sûretés en privilégiant dans leur mise en œuvre, les secondes au détriment des premières citées. Dans les faits, les créanciers titulaires de propriétés sûretés bénéficient d'une quasi-immunité en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, pendant que ceux nantis d'un droit préférentiel pâtissent de la faiblesse de leur garantie. Comment peut-on mener une réforme du droit des sûretés sans s'inquiéter de l'inertie observée au niveau des procédures collectives quand on sait les affinités qui existent entre ces deux droits ? En effet, comme le disent couramment les spécialistes des sûretés, le terrain de prédilection et de mesure de la force véritable d'une sûreté est et demeure les procédures collectives⁴¹.

³⁸ V. aussi art. 161 paragraphe 3 de l'AUS relatif au nantissement des droits de propriétés intellectuelles qui dispose que : « ...un droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 du présent acte uniforme ... ». Égal. Art 178. voir même l'art 170 qui parle du nantissement du matériel faisant partie d'un fonds de commerce alors que c'est plutôt d'un gage qu'on devrait parler étant donné la nature corporel du matériel.

³⁹ Voire privée d'effet, selon C. LISANTI-KALCZYNSKI, « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1^{er} janvier 2006, Paris, Litec, 2007, p. 53.

⁴⁰ D. LEGEAIS, « Le gage de meubles incorporels », *Contrats, conc., consom.* 2006.13.

⁴¹ V. M. GRIMALDI, « Problèmes actuelles des sûretés réelles », Rapport français présenté aux journées Portugaises de l'association Henri Capitant 20-23 mai 1996 ; les garanties du financement, in *LPA*, juin 1996, n° 77, p.7.

C'est en cela que certains auteurs en droit français n'ont pas hésité à critiquer⁴² vertement la réforme des sûretés entreprise de façon disjointe⁴³ avec celle des procédures collectives.

La conséquence de la « neutralité »⁴⁴ tant espérée des procédures collectives envers les sûretés réelles ne fut qu'un vœu pieux en partie. Le législateur OHADA n'a pas fait mieux en consacrant une réforme des sûretés réelles indépendamment de celle du droit des procédures collectives. En conséquence, les sûretés réelles en droit OHADA témoignent d'un degré d'efficacité différent, voire très prononcé dans leur mise en œuvre ou leur réalisation⁴⁵.

34. Sans paraître alarmistes, nous pouvons avancer que le droit des sûretés réelles OHADA subit une crise de confiance qui découle de son insuffisance de clarté et de cohérence. Or, cohérence, et clarté sont source de sécurité ; notions intimement liées à celle de sûreté.

Cette crise de confiance des créanciers envers les sûretés réelles est plus marquée envers les sûretés réelles traditionnelles. Cette méfiance se traduit par le développement d'un mouvement anti-sûreté, qui a pour effet direct de susciter le développement chez les créanciers du sentiment tenace selon lequel les sûretés réelles classiques ne seraient plus aptes à leur assurer toute la sécurité souhaitée. Des facteurs externes au droit des sûretés, tel le droit des procédures collectives, accentuent de plus la fragilité de ces sûretés réelles classiques.

⁴² D. LEGEAIS, « La réforme du droit des sûretés ou l'art de mal légiférer », *Mélanges P. Simler*, Dalloz-Litec 2006, p. 367. Égal. V. L AYNÈS, P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, n°19, p.13.

⁴³ D. LEGEAIS, « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », in *Petites affiches*, 11 février 2011 n° 30, P. 27.

⁴⁴ D. LEGEAIS, *op.cit.* ; N. BORGA, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *R.D. bancaire et fin.* 2009.3. Étude. n° 20, n° 10 et 14 : Le droit français des sûretés mobilières souffre d'un éclatement auquel la réforme du 23 mars 2006 n'a pas remédié et que l'ordonnance du 18 décembre 2008 amplifie dans le contexte du traitement des difficultés de l'entreprise. [...] Le droit des sûretés réelles mobilières ne sort pas indemne de la nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté. De façon opportune, un équilibre est recherché entre la préservation de l'intérêt des créanciers et la sauvegarde de l'entreprise et des emplois qui y sont attachés. Il est toutefois dommage que cette recherche d'équilibre ne concerne que la fiducie-sûreté et le gage sans dépossession et n'ait pas été étendue à l'ensemble des sûretés consenties par l'entreprise. Surtout, on ne peut que regretter le morcellement résultant de cette recherche d'équilibre, les solutions particulières et dérogoires se multipliant à l'excès sans véritable justification. À l'opposé, les sûretés consenties par les tiers font l'objet d'un traitement des plus homogènes, le législateur tendant à les soumettre à un régime juridique unique peu important leur nature.

⁴⁵ V. M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles, op. cit.*, n° 8, p. 13, qui définit la réalisation d'une sûreté réelle comme « [...] la mise en œuvre du droit réel conféré au créancier sur un bien, un ensemble de biens ou le patrimoine d'un débiteur ou d'un tiers, lui permettant d'obtenir satisfaction en nature ou par équivalent » ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, n°1210.

Appliquée aux sûretés réelles, elle réside dans la concrétisation, lors de la défaillance du débiteur, du droit réel conféré par la sûreté au créancier sur un bien ou un ensemble de biens du constituant, en vue d'obtenir l'exécution en nature ou par équivalent de la créance garantie ».

35. En effet, pendant que les sûretés réelles traditionnelles sont bâillonnées voire laminées, les sûretés propriétés ou sûretés nouvelles bénéficient d'une réalisation facilitée face à l'insolvabilité du débiteur. Cette fâcheuse situation des sûretés a pour effet corollaire d'amener les créanciers à recourir à des techniques de garanties en dehors du droit commun des sûretés. Des techniques auxquelles, on donne aujourd'hui le nom de « sûretés négatives »⁴⁶. Mais un autre effet pervers est la non-circulation du crédit et l'accès presque impossible des populations (particuliers et PME) au crédit. En effet, nombre d'études ont montré que les difficultés d'accès aux financements sont le premier obstacle au développement des PME⁴⁷ en Afrique, notamment dans la zone OHADA, loin devant les problèmes de corruption, de déficience des infrastructures ou de fiscalités abusives⁴⁸.

36. La multiplication des sûretés destinées à contourner⁴⁹ le droit des procédures collectives s'avère aujourd'hui un facteur de complexité et contribue au manque de lisibilité. Le droit des procédures collectives révèle ainsi des faiblesses structurelles du droit des sûretés réelles rénové. Si cela n'apparaît pas encore comme un véritable échec du droit des sûretés réelles, il sonne cependant le glas de ces techniques traditionnelles de garanties qui souffrent, à la fois, de la méfiance des créanciers, qui préfèrent se tourner vers des techniques plus frustes, mais plus efficaces, et des particuliers, qui démontrent leur désaveu en ayant recours à des techniques informelles pour se procurer du crédit.

37. En résumé, le droit des sûretés réelles a fait l'objet de profondes mutations à la suite de plusieurs réformes successives qui viennent de l'affecter. Si la matière s'est incontestablement modernisée, il reste qu'elle souffre d'un manque de cohérence globale qui tient tout à la fois à la trop grande offre de sûretés et à l'insuffisance de règles fédératrices venant régir l'ensemble. La question se pose alors de savoir s'il est possible et souhaitable de

⁴⁶ V. J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n° 3, p. 3.

⁴⁷ Malgré le poids des PME dans les économies de la zone OHADA et en dépit de leur rôle moteur en termes de développement économique, les PME ont un accès limité au marché des financements. D'une part le taux de pénétration bancaire dans les pays membres de l'OHADA est très faible d'autre part ce sont principalement les grandes entreprises qui bénéficient de la majorité des financements, v. dans ce sens J. LEFILLEUR, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? », in *Rev. Afrique contemporaine*, 2008/3, n° 227.

⁴⁸ Africapractice, 2005; FMI, 2004; Aryeetey, 1998. Cité par Lionel Yondo Black, *op. cit.*, p. 47.

En moyenne dans les états membres de l'OHADA 64% des entreprises identifient l'accès au financement comme étant un obstacle majeur aux activités économiques. Mais cette situation diffère d'un état à un autre. A titre d'exemple ce taux est de 73,2 et 79,8% au Bénin et au Burkina Faso, 49,2% au Sénégal.

⁴⁹ V. M. D. KODJO GNINTEDEM, « Heurs et malheurs de l'article 4 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés », *op. cit.*, p. 295 et s., spéc., p. 295. Elle affirme que « La méfiance de ceux qui prêtent a conduit au développement de nombreuses techniques de réduction du risque d'impayé. Il s'agit des garanties ».

dégager un socle de règles communes plus élaboré, voire un droit commun, et selon quelles modalités. Il en ressort l'interrogation sur l'efficacité du droit OHADA des sûretés réelles au regard de l'inadéquation entre les objectifs du législateur communautaire et les moyens qu'il a mis en œuvre pour les atteindre.

38. Comment donc renforcer l'efficacité de ce droit des sûretés réelles afin de procurer confiance et crédit aussi bien au pourvoyeur qu'au demandeur de crédit ?

En d'autres termes, il convient de s'interroger sur la voie d'un raffermissement du droit des sûretés réelles actuel en vue d'une plus grande efficacité.

39. L'échec, sinon l'anéantissement, des sûretés réelles jusqu'ici jugées plus sûres par les pourvoyeurs de crédit, conduit, nécessairement, à s'interroger opportunément sur une réforme profonde du droit actuel des sûretés réelles en droit OHADA. Et cela suppose, avant tout, la prise en compte de certaines particularités locales, mais aussi de l'évolution internationale en matière de sûretés réelles qui tend vers une appréhension plus fonctionnelle et unitaire des sûretés⁵⁰.

40. Au regard des expériences internationales, la réponse à ces questionnements réside à notre sens dans une réforme plus ambitieuse du droit OHADA des sûretés réelles.

L'efficacité du droit OHADA des sûretés réelles ne doit pas être limitée à leur capacité à assurer le paiement du créancier ni à permettre au débiteur d'obtenir du crédit, mais doit concerner aussi le but général de l'instauration du droit OHADA qui est de favoriser la sécurité juridique et judiciaire et partant, d'assurer la croissance économique des États membres.

41. Cette refonte se traduirait donc par l'adoption d'une approche fonctionnelle telle qu'il nous a été donné de voir dans des pays appartenant à la même tradition juridique que la nôtre. Plus concrètement, il s'agira de redonner, à travers cette conception fonctionnelle, de la cohérence, de la simplicité et de l'accessibilité, en somme de l'efficacité aux sûretés réelles. Cela devrait aboutir d'une part, à la fin progressive et irréversible de l'aspect hétéroclite de notre droit actuel des sûretés réelles. Toutes les dénominations actuelles en matière de sûreté

⁵⁰ V. dans ce sens D. LEGEAIS, *op.cit* ; J. F. RIFFARD, *Le Security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : contribution à une rationalisation du droit français*, Presse universitaire de la faculté de droit de Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997 ; Y. BLANDIN, *Sûretés et bien circulant, contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th., Panthéon- Assas Paris II, 2014.

réelle seront fédérées autour d'un seul concept : l'hypothèque. D'autre part, nous pourrions envisager la prise en compte de techniques de garantie de paiement efficaces dans la pratique, mais qui jusque-là étaient exclues du droit des sûretés en raison de la définition purement notionnelle des sûretés en droit OHADA.

42. Il convient cependant, comme l'a fait remarquer Philippe TIGER, « *de faire évoluer, à l'avenir, les règles de l'OHADA dans le sens d'une autonomie africaine plus marquée, à laquelle les opérateurs économiques de la région seraient sensibles, tout en préservant l'indispensable cohérence avec des objectifs économiques de portée internationale. Il appartiendra au législateur communautaire de donner corps progressivement à cette vision d'un droit des affaires africain original* »⁵¹. Car « *Chaque peuple peut assimiler le droit des autres, le faire sien avec des adaptations opportunes. Cela parce que le droit n'est pas seulement un phénomène national, mais aussi et surtout un phénomène humain* »⁵².

43. Notre étude se fera donc à la lumière des autres systèmes juridiques, notamment français, et des pratiques internationales dont le législateur africain s'est inspiré, tout en ayant à l'esprit le but recherché par son élaboration.

44. C'est ainsi qu'à la manière d'un médecin au chevet du lit d'un malade, nous ferons d'abord l'examen de leur mode de constitution et d'exécution. Cela afin de démontrer qu'obéissant à l'objectif souhaité⁵³ par le législateur, la réforme du droit des sûretés dans sa partie consacrée aux sûretés réelles a malheureusement accentué la confusion et les clivages⁵⁴ déjà préexistants. Et, une fois le diagnostic établi, nous songerons à une prescription basée sur des propositions qui tiennent compte de l'ampleur du mal.

45. L'approche uniforme et fonctionnelle des sûretés en général et plus précisément des sûretés réelles, que nous préconisons, suivant en cela les modèles existants et éprouvés, devrait nous permettre de passer d'un modèle hétéroclite et peu efficace, fruit des

⁵¹ Ph. TIGER, *L'Afrique subsaharienne : De la crise à une croissance durable*, Que sais-je ? Le droit des affaires en Afrique OHADA, PUF 2000.

⁵² Georges del VECCHIO : « philosophie du droit » trad.fr.de J. Alexis d'AYNAC, Paris, 1953, p. 33, cité par Éric AGOSTINI, *Droit comparé, coll., Droit fondamental*, Puf, 1988, p. 244.

⁵³ V. *supra*, p. 13.

⁵⁴ Ce clivage se définit en fonction du choix des sûretés réelles et du traitement réservé à chaque bloc de sûretés réelles dans son exécution ou sa mise en œuvre.

incohérences législatives(partie 1), à un droit des sûretés réelles rationalisé, plus homogène et plus efficace(partie 2).

PARTIE 1 :

**UNE EFFICACITÉ DES SURETÉS RÉELLES
AFFAIBLIE PAR DES INCOHÉRENCES LÉGISLATIVES**

Des vins nouveaux ont été élaborés, que l'on a versés dans de vieilles outres, quitte à les déformer, ou que l'on a versés dans des récipients inédits, quitte à les peindre aux couleurs de vieilles outres »⁵⁵

46. La refonte de l'acte uniforme s'est faite dans le souci d'apporter plus de clarté de cohérence et d'efficacité au régime général des sûretés en général et aux sûretés réelles en particulier.

47. Furent donc réécrites, tour à tour, la définition des sûretés, et celle des sûretés réelles pour correspondre à l'évolution qu'a voulu imprimer le législateur OHADA à la nouvelle mouture des sûretés. Associée à cette redéfinition, une consécration de « nouvelles sûretés » s'est effectuée, pour étoffer le nombre de sûretés réelles existantes et répondre ainsi aux appels de la pratique. Désormais, deux régimes s'opposent au sein des sûretés réelles. D'un côté, les sûretés réelles préférentielles ou traditionnelles et de l'autre, les sûretés réelles nouvelles qui utilisent la propriété à titre de garantie.

48. Plutôt que de procéder à une réduction voire un rassemblement des sûretés réelles existantes en vue d'une plus grande cohérence et simplicité, le nouveau droit des sûretés réelles est venu ajouter à la confusion en créant des sûretés dont le régime est pourtant identique, renforçant ainsi l'aspect de confusion et d'éparpillement. En outre, il convient d'attirer l'attention sur les redéfinitions des sûretés et des sûretés réelles qui par leur approche notionnelle, ont contraint le législateur à laisser en marge des garanties réelles, dont l'efficacité dans la pratique, est indiscutable. Par ailleurs, la garantie hypothécaire, très prisée par les créanciers a subi une réforme à minima qui a laissé subsister la plupart des difficultés liées à sa constitution, mais surtout à sa réalisation.

49. La réécriture du droit des sûretés réelles souffre donc d'un manque de cohérence, fruit des choix du législateur pour une approche non fonctionnelle des sûretés réelles qui aurait pourtant contribué à l'efficacité du régime général de ces sûretés réelles (Titre 1).

50. Cet illogisme est également observable dans le sort réservé aux différentes sûretés réelles au moment fatidique de leur mise en œuvre (Titre 2). En effet, le législateur, plutôt que de songer à une certaine équité ou égalité, a privilégié la catégorie des sûretés réelles

⁵⁵ M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offerte à P. CATALA, Litec, 2001, p. 709.

nouvelles au détriment des sûretés réelles traditionnelles. La presque totalité des propriétés sûretés (droit de rétention compris) ne subit pas ainsi les rigueurs de la discipline collective, car elles bénéficient d'une quasi-immunité.

TITRE 1 : Les incohérences structurelles du régime des

sûretés réelles

51. Si les sûretés efficaces sont celles qui « *donnent au créancier la certitude d'être payé à l'échéance, si le débiteur ne s'exécute pas* »⁵⁶, nous pensons que le droit des sûretés réelles ne peut logiquement et au regard des ambitions exposées par le législateur communautaire se satisfaire de cet unique objectif. Dans une vision plus large, les sûretés réelles doivent susciter le développement de l'octroi du crédit. En somme, en sus des intérêts du créancier, doivent être recherchés ceux du débiteur et des tiers.

Malheureusement, le législateur africain n'a pas, à travers la réforme de l'AUS n'a pas suffisamment fait preuve de cohérence en procédant d'un côté à une rationalisation insuffisante du système des sûretés mobilières (chapitre 1) et de l'autre aux maintien des règles, insuffisantes voire incohérentes, de constitution et de réalisation de la garantie hypothécaire (chapitre 2).

⁵⁶ V. Ph. MALAURIE, L AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, 2014, n°8.

Chapitre 1 : L'insuffisante rationalisation du droit des sûretés mobilières

52. Si dans la forme les réformes effectuées par le législateur communautaire sont très perceptibles dans le fond, nous pouvons émettre certains doutes. En effet, le législateur comme à l'occasion de l'AUS en 1999 n'a pas « révolutionné »⁵⁷ notre droit des sûretés réelles. Ainsi observons nous cette permanente influence du droit français qui se traduit par une charpente du droit des sûretés réelles OHADA empruntée de grandes catégories du droit civil à savoir, d'une part, les sûretés mobilières et de l'autre les sûretés immobilières.

53. Si l'un des objectifs de la réforme était de simplifier un droit devenu « dispersé, difficile d'accès et peu respectueux du principe de sécurité juridique »⁵⁸, et de le rendre plus cohérent, force est de constater, paradoxalement, que la réforme de 2010 n'a fait qu'aggraver le phénomène de dispersion du droit des sûretés réelles. Alors que l'AUS ne comptait que deux figures de sûretés réelles, le gage et l'hypothèque, désormais ce sont près de quatre sûretés qui composent le droit des sûretés réelles : le nantissement, le gage, l'hypothèque, et la propriété retenue.

54. Les innovations essentielles ne furent faites qu'au sein des catégories. Elles ont consisté d'abord en la requalification de certaines sûretés, ensuite en l'amélioration pour d'autres, de leur régime par la consécration légale de solutions jurisprudentielles. Enfin furent créées de nouvelles sûretés que la jurisprudence et surtout la pratique des affaires exigeaient.

55. Mais fait plus marquant, la nouvelle définition des sûretés qui rompt avec l'ancienne définition fonctionnelle et qui suscite beaucoup d'interrogations en raison de ses contradictions (SECTION 1) avec celles des sûretés personnelles et réelles. Cela vient confirmer la modicité des simplifications (SECTION 2) effectuées par le législateur et n'améliore pas véritablement l'accessibilité (SECTION 3) de notre droit des sûretés réelles.

⁵⁷ V. Dans ce sens, F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998, n° 12, p. 8.

⁵⁸ V. dans ce sens en droit français, D. ROBINE, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 » : Bull. Joly Sociétés 2006, n° 7, p. 879, spéc. n° 1.

Section préliminaire : La définition problématique des sûretés réelles en droit

OHADA

56. Alors que pendant une longue période⁵⁹ le domaine des sûretés était assez clairement circonscrit, l'accroissement des instruments destinés à renforcer la confiance du créancier dans le paiement de sa créance a contraint à approfondir la notion même de sûreté, celle-ci pouvant se distinguer, sur un plan théorique, de celle de garantie. Ainsi, alors que la sûreté constituerait une notion conceptuelle, la garantie serait une notion fonctionnelle, de sorte qu'il était habituel d'affirmer que si toute sûreté constituait une garantie, l'inverse n'était pas vrai. Il faut avouer que la quête d'une définition des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier n'est pas chose aisée. Raison pour laquelle sous certains tropiques le législateur n'a pas trouvé utile ou a simplement abandonné cette question qui semble quasiment insurmontable.

57. Au niveau doctrinal un certain nombre d'auteurs s'y sont risqués. Cette notion de sûreté renvoie à différentes conceptions étroite, large ou intermédiaire⁶⁰ et revient à poser des questions de politique juridique. L'un des enjeux principaux d'une telle définition est de savoir ce que doit comprendre la notion de sûreté réelle. Doit – elle inclure les propriétés sûretés, la fiducie et le droit de rétention par exemple, ce qui n'est pas d'une totale évidence au regard des droits positifs français et Québécois et compte tenu notamment de certaines réticences doctrinales. Nous tenterons de répondre à ces questions.

58. Sur cette notion générale de sûreté, les Codes civils français et québécois ne sont pas suffisamment loquaces. Une définition formelle ou explicite de la notion de sûreté réelle ou de sûreté mobilière y reste absente.

En revanche, les espèces particulières de sûretés mobilières comme le gage, le nantissement ou l'hypothèque profitent de définitions légales. Cet état des choses a le mérite de laisser à la doctrine le plaisir de donner libre court à son esprit créateur, même si cela dénote chez le

⁵⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, n° 7.

⁶⁰ V. sur la définition de ces différentes approches doctrinales des sûretés, Adolphe MINKOA SHE, *Droit de sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties réelles*, t. 2, 1^{re} éd., Dianoïa, 2010, n° 30 à 33.

législateur une absence de perspective. Ainsi, face à ce constat, certains auteurs⁶¹ ont recherché les différentes utilisations et le sens du mot « sûreté », au singulier comme au pluriel, dans les codes civils français et québécois. Le vocable de sûreté est souvent utilisé dans le Code civil français⁶² comme dans celui du Québec⁶³, sous des acceptations différentes. Tantôt, il désigne une garantie⁶⁴, tantôt il se réfère à une espèce de sûreté en particulier, comme le gage ou l'hypothèque⁶⁵.

Certains auteurs français ont souvent tenté de définir la notion de sûreté en y englobant les sûretés dites personnelles comme le cautionnement. Toutefois, en raison d'une conception et d'une technicité fort différente entre ces deux catégories, nous pensons, comme d'autres, que cette méthode de regroupement paraît difficile, voire impossible⁶⁶.

59. Les enjeux autour d'une telle définition de la notion de sûreté ne sont pas les moindres. La question essentielle est de savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite la qualification de sûreté avec toutes les conséquences juridiques attachées à cette notion⁶⁷. La même question pourrait être étendue au droit de rétention qui permet de retenir la propriété du bien d'autrui jusqu'au complet paiement de ce dernier. Cette forme de justice privée, au demeurant rustre, est utilisée à titre de garantie notamment dans un contexte de faillite⁶⁸.

⁶¹ R. A. MACDONALD et J.-Frédéric MÉNARD, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », in Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006. Dans le cadre de notre étude, il nous importera de cerner la définition du mot « sûreté réelle » que nous qualifierons davantage de « sûreté mobilière » puisque le vocable réelle (du latin *res*) renvoie au droit sur la chose et nous sommes enclin à croire qu'il s'agit plutôt d'un droit sur la valeur d'un bien; N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009, p. 364-366; R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *op. cit.*, p. 317-319.

⁶² N. BORGA, *op. cit.*, p. 364 et 365, l'auteur a relevé aussi l'utilisation du mot « sûreté » dans d'autres codes comme celui du commerce ou de la consommation. Pour quelques exemples : C. civ., art. 760 al. 2, 1188, 1387-1, 1752, etc.

⁶³ Plus de 50 fois dans le C.c.Q., selon R. A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁴ 1383 C.c.Q., art. 591; C. civ., art. 1188 et 1422 al. 2, ou C. com., art. L. 622-6 al. 1, L. 622-8 al. 3, L. 626-22 al.3, L. 650-1 et L. 225-68 al. 2.

⁶⁵ C.c.Q., art. 2748; C. civ., art. 1692 ou C. com., art. 1251-1, L. 622-8 al. 1., L. 622-30 al. 1, etc.

⁶⁶ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, et Jacques GHESTIN (dir.), *Traité de droit civil, Droit spécial des sûretés réelles*, Paris, L.G.D.J., 1996, n° 871, p. 1-10; M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Paris, Litec, 2010, p. 1-17, n° 565, p. 2, 367 et 368; Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 6, p. 24 : « On serait tenté de dire que la définition de la notion de sûreté est soit inutile, parce que mettant en lumière des caractères que personne ne conteste, soit impossible, lorsque l'on essaie d'y faire rentrer des institutions trop disparates, malgré une commune finalité »; P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *Cah. dr. entr.* 1989.5.3 et 4 : « Quel but poursuivi. ».

⁶⁷ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 334.

⁶⁸ V. C. civ., art. 2286 (4); C. com., art. L. 622-7 (III), L. 626-22 al. 1 et L. 642-12.

60. Au travers des définitions proposées par les doctrines française et québécoise, on peut dès lors comprendre que l'enjeu d'une telle définition est de pouvoir dépasser le clivage entre les sûretés réelles dites traditionnelles et les autres techniques contractuelles présentant de fortes similitudes qui utilisent la propriété à titre de sûreté, comme le droit de rétention, la clause de réserve de propriété et la fiducie.

61. Les auteurs sont réticents à l'idée de les qualifier de sûretés malgré une récente consécration intervenue en France pour certaines d'entre elles⁶⁹. Pour sa part, le Code civil du Québec a assujéti la clause de réserve de propriété contenue dans certains types de contrats de vente à tempérament aux formalités de publicité admises dans le régime de l'hypothèque mobilière. Il est vrai que la fonction économique de la clause de réserve de propriété a été reconnue par les tribunaux québécois⁷⁰. Toutefois, les juges montrent encore des signes d'hostilité à la qualifier de sûreté malgré son assujettissement au régime de publicité des hypothèques mobilières aux termes de l'article 1745 du Code civil du Québec et son assimilation à une sûreté à l'article 2 de la loi fédérale sur la faillite et l'insolvabilité.

62. Quant au droit de rétention, il est compris sous deux acceptions. Au regard du Code civil du Québec, comme une exception d'inexécution prévue à l'article 1592, il permet à tout contractant de retenir le bien remis par le propriétaire d'un meuble jusqu'au complet paiement par le débiteur de la créance née à l'occasion de la détention. Il constitue aussi une priorité (ancien privilège) pour le vendeur d'un bien meuble impayé⁷¹. S'agissant de la fiducie, elle a fait l'objet d'une franche consécration par le Code civil du Québec⁷² qui l'assimile à une sûreté en lui imposant les formalités de publicité mobilière et les recours hypothécaires.

⁶⁹ L'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O. 24 mars 2006, p. 4475, a expressément intégré la clause de réserve de propriété parmi les sûretés réelles, article 2329 (4) et article 2373 du C. civ. En revanche, en ce qui concerne le droit de rétention, le droit codifié le classe parmi les dispositions générales du nouveau livre quatrième du Code civil consacré aux sûretés, à l'article 2286 du C. civ., sans techniquement lui octroyer la qualification de sûreté. L'article 2286 du C. civ. prévoit que : Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

1° Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;
2° Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;
3° Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ;
4° Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.

La Cour de cassation lui a refusé une telle qualification : Com., 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 141.

⁷⁰ Ouellet (Syndic), [2004] 3 R.C.S. 348, 2004 CSC 64, par. 13, cité par A. B. ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal 2012, p. 305.

⁷¹ C.c.Q., art. 2651 (3).

⁷² C.c.Q., art. 1263 et 1266.

63. L'enjeu d'une définition claire de la notion de sûreté réside aussi dans un second intérêt. En effet, la question serait de savoir si le principe du *numerus clausus* devrait être maintenu, si tant est qu'il soit véritablement inscrit dans les Codes civils en vigueur dans la zone OHADA.

64. Selon la doctrine classique⁷³, les sûretés réelles seraient limitativement énumérées par loi, en raison du caractère impératif du principe d'égalité entre les créanciers inscrit à l'article 2285 du Code civil français et à l'article 2660 du Code civil du Québec⁷⁴.

65. Ce débat autour du principe dit du *numerus clausus* peut paraître théorique pour plusieurs raisons⁷⁵: le nombre croissant des sûretés, le rôle joué par la volonté individuelle qui peut créer des garanties accessoires aux créances par les voies détournées comme celui de la cession de créances, l'absence de publicité instituée de manière obligatoire et généralisée. Surtout, cette question théorique est actuellement d'un intérêt moindre du fait de la consécration législative de la propriété-sûreté en droit OHADA et de la fiducie sûreté, en France⁷⁶ et au Québec⁷⁷.

66. La même question se retrouve en droit OHADA⁷⁸ nonobstant les efforts du législateur communautaire de donner une définition légale aux sûretés en général et aux sûretés réelles en particulier.

67. À l'heure de la recherche du développement économique, argument⁷⁹ qui a justifié d'ailleurs la réforme de certains Actes uniformes majeurs tels que l'AUDCG, la question se

⁷³ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op.cit.*, n° 11.

⁷⁴ A. LEDUC, *De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?*, th., Montréal, 2011, p. 142, 143 et 250.

⁷⁵ L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 406, p. 172 et 173 ; V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, n° 441 et s.

⁷⁶ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, J.O. 21 févr. 2007, p. 3052, et l'Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, J.O. 31 janv. 2009, p. 1854; Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. 13 mai 2009, p. 7920, art. 138 (V), devenu art. 2372-1 du C. civ. : « La propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie »; C. civ., art. 2367 : La propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La propriété ainsi réservé est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement.

⁷⁷ C.c.Q., art. 1263, 1745 et 1749.

⁷⁸ V. A. LO BA, « Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai "DOLLY" juridique » », disponible ici : <http://www.ohada.com/actualite/1251/contribution-doctrinale-du-juge-amadou-lo-ba-sur-le-nouvel-acte-uniforme-ohada-portant-organisation-des-suretes.html>, consulté le 09 mars 2015.

⁷⁹ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. Lamy axe droit, éd. LAMY, 2012, n°11 à 14.

posait au législateur à l'occasion de la réforme du droit des sûretés OHADA de savoir s'il fallait effectuer une nouvelle approche des sûretés en général et des réelles en particulier ou conserver l'ancienne conception ?

68. Les interrogations principales auxquelles devait répondre le législateur communautaire se résumaient en celles de savoir s'il fallait adopter une définition qui ouvre la voie sur un *numerus clausus* au niveau des sûretés réelles ou conserver la définition ancienne qui laisse libre cours à diverses interprétations ?

69. L'histoire récente de notre droit des sûretés OHADA permet de découvrir que le législateur OHADA avait consacré de différentes conceptions doctrinales, à travers l'ancien AUS, une approche fonctionnelle des sûretés. En effet, une définition formelle et générale était donnée des sûretés comme étant « (...) les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations quelle que soit la nature juridique de celle-ci ». Si cette définition avait le mérite d'englober à la fois les sûretés conventionnelles les sûretés légales, les sûretés personnelles et les sûretés réelles, compte tenu de leur pluralité et leur spécificité, chaque type était défini dans un article précis à l'occasion de son évocation dans le texte.

70. Cette conception large des sûretés ne fut malheureusement⁸⁰ pas reconduite dans la réforme de l'AUS de 2010, car « à partir du moment où l'on consacrait un *numerus clausus* des sûretés réelles, il a paru nécessaire d'avoir une définition un peu plus précise de la notion même de sûreté qui distingue celle-ci de la notion de garantie »⁸¹. Le nouveau texte consacre quatre articles différents à la définition et au domaine des sûretés sans qu'aucun de ceux-ci ne donne vraiment une définition suffisante et complète de la sûreté qu'il concerne.

71. L'article 1^{er} qui résume la définition générale de la sûreté est laconique. Il dispose que: « Une sûreté est l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien ou d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations... ». Cette définition recouvre diverses insuffisances dont les deux principales sont que d'une part, elle n'envisage pas les sûretés légales, d'autre part elle ignore les sûretés

⁸⁰ V. M. D. KODJO GNINTEDEM, *op. cit.*, p. 300 et s.

⁸¹ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n°29, p. 45.

personnelles,⁸² car elle limite la sûreté à l'affectation d'un bien ou d'un patrimoine. À titre d'exemple : Le privilège qui est une sûreté toujours légale que l'on ne peut pas retrouver dans la définition précitée, car il ne s'agit pas de l'affectation d'un bien.

Le cautionnement personnel également, qui est une sûreté conventionnelle n'est pas exclusivement constitué par l'affectation d'un bien ou d'un patrimoine, donc semble exclu du cadre de la définition de l'article 1. En résumé, cette définition nous paraît assez réductrice.

72. Par ailleurs dans l'article 4, le législateur procède à une définition dans un même article des sûretés personnelles et réelles. Dans l'alinéa 2 il est dit ceci : « *les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet acte. Elles consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie* ». Cette définition est critiquable, car elle est doublement incorrecte, mais surtout incomplète. Elle est incorrecte parce que le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de vente est un effet découlant même de la garantie.

73. Il est de notoriété que le droit de suite et le droit de préférence sont les principaux effets découlant des sûretés réelles. Ces effets découlent plutôt de la loi que de la convention des parties. D'ailleurs, le droit de préférence est toujours précédé du droit de suite, car il est inopérant si le créancier ne détient pas lui-même l'objet de la garantie.

En ayant ainsi recours à la notion de paiement préférentiel, et de recouvrer son bien reconnu au créancier, dans l'article 4, alinéa 2 l'AUS semble exclure de la catégorie des sûretés réelles les aliénations fiduciaires tout comme l'ancien article 2 de l'AUS.

74. Cet article 4 alinéa 2 donne une définition novatrice⁸³ des sûretés réelles, mais il rentre en contradiction avec l'article 1^{er} portant définition générale de la sûreté, car dans le premier cas, il s'agit de l'affectation d'un bien ou d'un patrimoine, alors que dans le second, il s'agit du droit de préférence. En plus de cela, cette définition est incomplète, car les privilèges ne correspondent pas à cette définition, encore moins le droit de rétention. Le fait par le créancier

⁸² Contra. Voir analyse de l'AUS ancien par A. MINKOA SHE, *Droit de sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties réelles*, t. 2, 1^{re} éd., Dianoïa, 2010, n° 35, au sujet de l'adéquation entre les articles 1^{er} et 2 de l'ancien AUS dans la définition des sûretés personnelles.

⁸³ Cette définition est novatrice en ce sens qu'elle intègre les nouvelles propriétés-garanties consacrées par l'OHADA, à savoir la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie, le transfert fiduciaire de somme d'argent.

(souvent le vendeur) de recouvrer ou retenir la libre disposition d'un bien pour se faire payer est plus une garantie de paiement qu'une sûreté dans le second cas et une exécution forcée dans le premier.

75. L'originalité de l'AUS résidait surtout dans sa réglementation du droit de rétention. En effet, alors qu'en droit français le droit de rétention place le rétenteur dans une situation d'exclusivité qui lui permet d'échapper au concours de tous les autres créanciers de son débiteur, l'art. 43 de l'AUS prévoyait que « *si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* ». À la différence du droit français, l'acte uniforme faisait du droit de rétention une sûreté complète, tranchant ainsi avec les multiples débats que soulevait cette sûreté.

76. L'option du législateur de supprimer le droit de suite et le droit de préférence au créancier rétenteur, nous replace dans la situation du droit français et exclue par la même occasion le droit de rétention des sûretés réelles. Ce qui nous paraît contradictoire, car en même temps que l'ambition du législateur communautaire est aujourd'hui très clairement affirmée de faire du droit de rétention une véritable sûreté, il impose de prendre les effets classiques d'une sûreté pour un critère de qualification⁸⁴. Pourtant, la définition que donne l'article 4 place le droit préférentiel au premier rang de la qualification de la sûreté réelle.

77. L'autre lacune majeure de ce texte est de limiter les sûretés valablement constituées aux seules sûretés réglementées par le présent Acte. Cette disposition enlève à l'autonomie de la volonté, la faculté de convenir de sûretés conventionnelles autres que celles réglementées. Est-ce à dire aussi que ces sûretés sont à rapporter exclusivement aux créances contractées par le débiteur professionnel (terme à comprendre) tel que défini à l'article 3 de l'AUS, alors que se pose avec acuité la question de la prise en compte des acteurs du secteur informel.

⁸⁴ En ce sens, Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Précis Dalloz, 6^e éd, 2012, n° 37, p. 28 ; contra. V. A. MINKOA SHE, *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, les garanties personnelles*, op. cit., n° 499, qui reste attaché au fait que, c'est le droit de préférence qui parachève une sûreté.

78. Tout ceci pourrait s'analyser comme une régression au regard de l'ancienne conception large⁸⁵ reconnue aux sûretés et qui permettait d'intégrer de véritables garanties efficaces en pratiques, mais non citées nommément dans l'AUS.

La faute du législateur communautaire est donc de s'être efforcé à vouloir rassembler sous un même article la définition de garanties presque techniquement opposées⁸⁶ provoquant ainsi une ambiguïté et une exclusion malheureuse de certaines garanties qui ont prouvé leur efficacité dans la pratique. Cette définition assez exclusionniste n'apporte en somme aucune simplification véritable de la perception des sûretés réelles puisqu'elle renforce la diversité et l'éclatement historique en cette matière.

79. Pour résoudre la contradiction entre la définition de la sûreté réelle et celle du droit de rétention, ainsi que toutes les lacunes de cette définition des sûretés réelles que nous venons de révéler, deux possibilités s'offrent au législateur communautaire. Il peut soit revenir sur le régime antérieur du droit de rétention, soit adopter une nouvelle définition de la sûreté réelle qui serait plus fonctionnelle que notionnelle. La première option nous semble illusoire, car trop complexe. La seconde option est la plus probable et plus en adéquation avec l'évolution mondiale en matière de garantie réelle.

Section 1 : Une simplification incomplète du régime des sûretés mobilières

80. L'efficacité de tout système de sûretés repose en grande partie sur sa clarté, sa simplicité⁸⁷ et donc de son accessibilité à tous. En faisant le choix de conserver la multitude de genre dans le corpus des sûretés réelles nous nous questionnons sur le but inavoué du législateur communautaire, car une fois de plus aucune révolution de notre droit des sûretés réelles n'est intervenue avec la réforme de 2010. Le législateur communautaire n'a pas fait preuve de grande simplification en perpétuant d'une part la diversité au sein des sûretés

⁸⁵ V. la définition des sûretés donnée par la loi n°2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin en son article 7. La sûreté réelle y est définie de façon large comme la : « [...] Garantie accordée au créancier pour le recouvrement de sa créance et qui est assise sur un bien meuble corporel ou incorporel, ou immeuble [...] ».

⁸⁶ Une distinction s'imposait pour une meilleure clarté dans la compréhension ne serait-ce que pour le seul motif que la différence tient à la technique employée : L'une est issue du droit des obligations et l'autre du droit des biens.

⁸⁷ V. Dans ce sens, F. ANOUKAHA, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998, n° 12, p. 9 ; S. KWEMO, *L'OHADA et le secteur informel, l'exemple du Cameroun*, préf. Ph. DELEBECQUE, postf. M.-T. MENGUE, LARCIER, 2012, n°812 et s, spéc n°817 et s.

mobilières traditionnelles (§. 1). D'autre part un regroupement en fonction de leur identité de nature et de régime (§. 2) paraît envisageable au niveau des propriétés sûretés dites aussi sûretés nouvelles.

§.1. La conservation injustifiée de l'hétérogénéité au sein des garanties mobilières traditionnelles

81. L'ancien AUDCG distinguait nettement le gage⁸⁸ (pour les biens corporels et les créances constatées par des titres écrits) des nantissements proprement dits⁸⁹ qui relevaient d'une inscription au RCCM, et ne nécessitaient pas un transfert de possession pour être formés et opposables aux tiers. Il résultait de cette distinction, propre aux pays de tradition civiliste que des sûretés aux caractéristiques identiques étaient désignées sous des appellations différentes. Il s'agissait là d'un écueil qui n'était pas propice à l'essor du droit civil et à sa compréhension par des intervenants issus d'autres systèmes juridiques.

82. Sans véritablement rompre avec cette approche classique du droit civil, l'AUS révisé redéfinit les sûretés mobilières en les classant en fonction de la nature de leur assiette, et subsidiairement de l'existence ou non d'une dépossession. Sont ainsi désignées sous l'appellation « gage », les sûretés portant sur meubles corporels⁹⁰ et nantissement celles reposant sur les biens incorporels.

83. Logiquement, à l'instar du Code civil de 1804, on devrait s'attendre à ce que ces critères confèrent des caractéristiques propres à chacune des sûretés. Or, c'est loin d'être le cas. En confirmant les tendances précédentes de l'évolution des sûretés réelles⁹¹, cette réforme n'a pas réussi à instaurer des distinctions pertinentes entre chacune d'elles (A). Cette observation vaut incontestablement à propos de la distinction fondée sur la dépossession. Mais plus surprenant, elle vaut également pour la distinction fondée sur la nature de l'assiette, alors que cette distinction est censée constituer une *summa divisio*. Le constat se fait d'ailleurs dans la véritable nature hypothécaire des sûretés réelles constituées sans dépossession (B) du débiteur ou du constituant.

⁸⁸ Anc. Art 44 et s. AUS.

⁸⁹ Anc. Art. 63 et s. AUS.

⁹⁰ Art. 92 et s. AUS.

⁹¹ V. en ce sens Ch. JUILLET, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber Amicorum*, Ch. LARROUMET, Economica, 2010, n°19 et s.

A. La relativité des nouvelles distinctions

84. De nombreux auteurs continuent, pratiquement une décennie après sa réforme, de critiquer le droit des sûretés français notamment dans les classifications opérées par le législateur au motif qu'au fond l'uniformité technique (1) demeure malgré les tentatives maladroites et infructueuses d'adaptation du modèle du gage aux biens incorporels ou immatériels (2).

1. L'uniformité technique au sein des sûretés mobilières traditionnelles : le gage et le nantissement

85. La grande particularité de la réforme concerne la création de deux grandes catégories de sûretés réelles basées sur la distinction entre les meubles corporels pouvant faire l'objet d'un gage et les meubles incorporels pouvant faire l'objet d'un nantissement. Cette distinction fondée sur la nature du bien objet de la garantie remet en cause la distinction classique fondée sur les modalités de constitution de la garantie en procédant en un gage avec dépossession, et en un gage sans dépossession et un nantissement de meubles incorporels.

86. Il a été toujours enseigné jusqu'ici que le gage était la remise matérielle⁹² d'un bien entre les mains du débiteur ou d'un tiers convenu. Ce même gage pouvait être constitué par le débiteur en conservant l'usage du bien : C'est ce qui est appelé communément nantissement : (ou gage sans dépossession).

87. Aujourd'hui, le nantissement désigne uniquement le gage portant sur les biens meubles incorporels non susceptibles de transfert ce qui n'est pas toujours le cas parce que les titres mobiliers peuvent être remis au créancier. L'appellation gage étant réservée aux seuls meubles corporels avec comme modalité, la dépossession ou la non-dépossession. Même si une classification peut être fondée sur la nature du bien, il n'en demeure pas moins que le mécanisme et l'objectif recherché sont les mêmes : c'est à dire offrir une garantie de paiement au créancier. Cependant, le législateur donne des définitions différentes entre gage de meubles corporels et le nantissement de meubles incorporels.

⁹² V. C. LISANTI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf., F. PÉROCHON, Litec, 2001, n° 14 et s., spéc. p.14, qui affirme que « L'idée d'un gage sans dépossession est une hérésie si l'on se réfère à la notion telle qu'elle est entendue dans le code civil ».

88. L'article 92 de l'AUS dispose que « *Le gage est le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel* ». Cette définition qui rejoint l'alinéa 2 de l'article 4 ramenant la définition au droit de préférence. Cependant, l'article 125 stipule que « *le nantissement est l'affectation d'un meuble incorporel en garantie d'une créance...* »

89. Dans cette seconde définition le mot contrat n'est pas utilisé et il n'est pas fait allusion au droit de préférence, nous pensons que ce n'est pas parce que l'objet de la garantie est différent que l'on doit définir la sûreté en fonction de droit, mais plutôt en fonction de son objectif.

Voilà donc deux définitions différentes sur deux choses qui ont le même objet et le même but.

90. Trois solutions s'offraient au législateur à l'occasion de la réforme du droit des sûretés en 2010 afin de régler le problème récurrent et dommageable de la difficile distinction entre gage et nantissement.

La première aurait été d'opérer la distinction en se fondant sur le mode de constitution des deux garanties. Il s'agit de préciser le rôle de la dépossession dans le mécanisme du gage et réaffirmer la non-dépossession du constituant dans le nantissement.

La deuxième voie impliquait une différenciation basée sur la nature du bien remis à titre de garantie. La corporéité ou l'absence de corporéité du bien était suffisante pour qualifier l'opération de gage ou de nantissement.

La troisième aurait été de faire fi des deux premières en réunissant toute opération de garantie ayant pour objet un bien mobilier sous un concept unique (gage, nantissement ou hypothèque).

La deuxième citée par celle qui a été reconnue par le législateur pour parvenir à une plus grande lisibilité de notre droit des sûretés réelles mobilières.

91. Cette option n'emporte pas notre assentiment, car elle a ignoré de nombreux paramètres nouveaux en matière de biens⁹³, tout comme elle n'éteint nullement la confusion ancienne en maintenant l'image d'un droit disparate renvoyée par notre droit des sûretés

⁹³ V. dans ce sens N. BORGA, *op. cit.*, n° 487 et s.

réelles. Par ailleurs, cette distinction est opérée au mépris de l'inadaptation du gage sans dépossession ou nantissement au bien incorporels⁹⁴.

92. Une manifestation de la relativité de la distinction concerne la distinction du nantissement et du gage. On sait que la distinction de ces deux sûretés repose sur la corporalité de l'assiette. Or, même si la question va paraître brusque, on peut se demander si le nantissement de droit commun comme voulu par la réforme de l'AUS de 2010 n'est pas simplement une vue de l'esprit. D'un côté, elle a laissé subsister toutes les sûretés sur meubles incorporels qui ont été instituées antérieurement. D'un autre côté, la tentative de constitution d'un droit commun aux nantissements s'est soldée par un échec de l'aveu même de ses principaux initiateurs en raison de la complexité de la définition et du régime des biens incorporels⁹⁵.

D'ailleurs, l'article 4 alinéa 4 dispose bien que « *Les sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, les sûretés légales autres que celles régies par le présent Acte uniforme, ainsi que les sûretés garantissant l'exécution de contrats conclus exclusivement entre établissements de financement, peuvent faire l'objet de législations particulières* ».

93. En outre, le renvoi aux règles gouvernant la réalisation⁹⁶ du gage pour certains nantissements n'est-il pas d'admettre que la distinction faite entre le gage et le nantissement est essentiellement verbale⁹⁷, et qu'il n'existe pas de différence fondamentale entre ces deux sûretés mobilières ? Si tel est bien le cas, il faut alors admettre que les nantissements ne sont que des sûretés spéciales, portant certes sur des objets incorporels, mais surtout sur des objets définis. Le dépassement de l'opposition entre meubles corporels et incorporels⁹⁸ est donc souhaitable en raison du doute soulevé sur l'opportunité de leur cloisonnement opéré entre les notions de gage et de nantissement⁹⁹. Dans un cas comme dans l'autre, la technique utilisée est identique. Seule la nature corporelle ou incorporelle du bien préside à la qualification. Ce seul

⁹⁴ V. V. PINTO HANIA, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, th., Paris Est, 2011, n°151 et s.

⁹⁵ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, op. cit., n° 318 in fine et 319.

⁹⁶ V. art. 144, 161 et 178 de l'AUS.

⁹⁷ C. LISANTI, « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D., 2006, p. 2671, n° 15.

⁹⁸ V. N. BORGA, op. cit., n°491.

⁹⁹ V. également : C. LISANTI, op. cit., n° 14 et 15.

élément ne justifie pas une différence de qualification¹⁰⁰. La sûreté donc de droit commun tant pour les meubles corporels que les meubles incorporels pour certains auteurs est le gage¹⁰¹.

94. Le choix du législateur OHADA, nous pensons, a beaucoup été influencé par cette partie de la doctrine qui remettait en doute la nécessité¹⁰² d'une migration vers l'hypothèque mobilière pour des techniques de garantie qui nonobstant les adaptations de mode de constitution ne répondait que difficilement au régime du gage¹⁰³. Farouchement opposée à une appellation contraire au gage pour les sûretés sur meubles incorporels, Mme LISANTI à travers une brillante démonstration admet toutefois à la fin de son analyse que tout réside dans l'organisation de la dépossession qui est inhérente au mécanisme du gage. Si pour certains biens incorporels l'adaptation est possible pour d'autres cela est insurmontable, car ils doivent nécessairement être utilisés afin de conserver leur valeur économique. Elle qualifie ces derniers de biens incorporels d'exploitation. Et, à leur propos, elle avoue qu'il est convenable de retenir la qualification d'hypothèque mobilière, car « *l'originalité de (ce mécanisme) est de porter sur des biens dont la valeur est susceptible de fluctuations tout au long de la vie de la sûreté* ».

2. La généralisation inadaptée de la technique du gage

95. L'idée de la dépossession a toujours été conservée¹⁰⁴ dans les gages en droit OHADA comme en droit français. Toutefois, cette dépossession prend souvent des formes particulières lorsque le bien nanti est incorporel. En circonstance analogue, la remise matérielle de la main à main n'est pas possible. Elle est donc remplacée par des substituts divers s'efforçant de transmettre au gagiste le pouvoir qu'avait le débiteur constituant sur le bien nanti.

96. La dépossession peut aussi se révéler à la fois comme une condition d'opposabilité et de formation du gage, en dépit des modifications intervenues à la suite de la réforme de 2006.

¹⁰⁰ V. N. BORGA, *op. cit.*, n°491.

¹⁰¹ En ce sens, l'article 1^{er}, de l'arrêté du 1^{er} février 2007, pris en application du décret du 23 décembre 2006 pour déterminer la nomenclature du registre de publicité des gages sans dépossession, prévoit une catégorie 9 intitulée « Meubles incorporels autre que parts sociales », étant entendu que les parts sociales sont visées dans la catégorie 12 de cette même nomenclature.

¹⁰² V. J. MESTRE et *alii*, *op. cit.*, n° 1022 et s.

¹⁰³ Contra. V. C. LISANTI, *op. cit.*, n° 622..

¹⁰⁴ V. anc. Art. 52 AUS et 115 nouveau sur les warrants ; égal., A. MINKOA SHE, *Droit de sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, *op. cit.*, n°600 et s.

Le gage automobile, le nantissement de créances et le nantissement de compte-titres sont trois exemples pour lesquels il règne une confusion sur le rôle joué par la dépossession. Ils illustrent aussi l'incohérence du législateur en la matière. Le fait de vouloir adapter, à tout prix, la qualification et les effets du gage soit sur un bien non remis en la possession du créancier (les cas de l'automobile et même du compte-titres), soit sur un bien de nature incorporelle (les cas de la créance et du compte titres) l'illustre parfaitement.

La dépossession a été maintenue artificiellement par le législateur sur ces deux types de sûretés.

97. La réforme de l'AUS de 2010 n'a fondamentalement pas modifié les conditions de constitution du gage ou nantissement automobile puisqu'il est toujours exigé l'inscription de la garantie au RCCM afin de le rendre opposable aux tiers. La seule différence qu'on pourrait qualifier de majeure ou gênante réside dans le fait que par le jeu du renvoi¹⁰⁵ au régime commun du gage, cette garantie peut se constituer désormais avec ou sans dépossession. Ce qui n'est pas fait pour rendre compréhensible la véritable intention du législateur en terme de recherche de clarté. Ainsi, selon l'article 97 de l'AUS, le créancier gagiste est réputé avoir conservé la possession de l'automobile du fait de l'inscription au RCCM du contrat de gage. Cette possession fictive lui permet d'exercer son droit de rétention en cas de défaut de paiement de son débiteur. Le législateur a donc créé un faux gage, c'est-à-dire une fausse mise en possession qui, au demeurant, devra s'incliner devant une possession réelle¹⁰⁶. Le législateur aurait mieux fait de qualifier ce gage d'hypothèque mobilière en raison, d'une part, de la mesure de publicité mise en place auprès d'un registre spécial et, d'autre part, de l'absence de dépossession permettant ainsi au débiteur d'utiliser son bien donné en garantie.

Le nantissement de compte-titres fait également jouer un rôle contestable à la dépossession qui constitue une fois de plus une incohérence¹⁰⁷ conceptuelle au sein du droit français des sûretés mobilières. Le titulaire du compte adresse à l'établissement financier une déclaration signée. Cette déclaration faite au teneur de compte titres est considérée comme une mesure de validité du nantissement de compte-titres. Elle vaut aussi dépossession fictive par entiercement. Elle permet ainsi de rendre opposable le nantissement entre les parties et, en principe, à l'égard des tiers. Toutefois, à l'égard des tiers, la publicité effective du

¹⁰⁵ V. art. 118 AUS qui renvoie aux articles 92 à 117.

¹⁰⁶ Com., 11 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 221; Egal., L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 446 et s., n°520.

¹⁰⁷ V. dans ce sens C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf. F. PÉROCHON, Litec, 2001, n° 428 qui estime que « l'exclusion de la dépossession implique que l'on écarte la qualification de gage[...] la notion d'hypothèque mobilières [étant] la plus appropriée aux sûretés sans dépossession sur les meubles incorporels ».

nantissement ainsi constitué sur les instruments financiers sera imparfaite. Le nantissement restera donc occulte à l'égard des tiers. Le législateur français a créé à nouveau et de toutes pièces un faux nantissement caractérisé par une mise en possession par déclaration, au lieu de consacrer une hypothèque mobilière pour ce type de bien incorporel. Toutefois, cette conception avait pour but d'adapter le modèle du gage à un bien incorporel afin de lui donner une publicité, pour le moins, imparfaite vis-à-vis des tiers et surtout lui attribuer un droit de rétention, au demeurant fictif¹⁰⁸.

98. Cette inadaptation du modèle du gage a été dénoncée pour les biens incorporels auxquels on applique désormais l'appellation de nantissement. POTHIER considérait à l'égard des choses incorporelles qu'elles « *ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement, puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat* ». ¹⁰⁹

99. Et si la dépossession fictive est envisagée comme une solution elle paraît une fois de plus inadaptée dans le contexte des propriétés intellectuelles, car si la remise d'un titre est envisageable notamment pour les brevets, marques ou logiciels, une telle dépossession n'est cependant pas satisfaisante. En effet, elle ne permet pas de réaliser les objectifs assignés à la dépossession. Elle n'offre d'abord pas au créancier de véritables garanties contre les risques de détournement qui pourraient être effectués par le débiteur. Ensuite, la remise du titre n'empêche nullement le débiteur de constituer sur le même bien d'autres gages en remettant des copies du titre. Enfin, la détention du titre par le créancier ne pourra servir à l'exercice d'un droit de rétention fictif, ce qui n'est pas plus satisfaisant.

Il n'est donc pas concevable, si l'on conçoit la dépossession comme un pouvoir de fait, de prévoir une telle dépossession en présence de biens intellectuels du fait que ces biens n'existent qu'en raison de leur exploitation. Il est donc en pratique pas envisageable¹¹⁰ de retirer au titulaire son droit d'usage. Le débiteur titulaire du monopole doit pouvoir dans tous

¹⁰⁸ La même technique législative a été appliquée récemment dans le droit civil québécois lors de l'adoption de la L.T.V.M. Le C.c.Q. a été modifié et s'est vu doté d'un nouveau gage par maîtrise pour les valeurs mobilières et les titres intermédiaires : voir les articles 2714.1 et s. du C.c.Q; Quant au droit de rétention, il est réapparu dans le droit civil québécois sous une nouvelle appellation « d'acquéreur protégé » qui permet au créancier gagiste par maîtrise de se faire payer directement et sans entrer en conflit ou en concours avec les autres créanciers du débiteur (art. 53 L.T.V.M.).

¹⁰⁹ POTHIER, *Du nantissement*, chap. IV et V du traité des hypothèques, n°6. ; N. MARTIAL, *op. cit.*, n° 346 et s.

¹¹⁰ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ., 1996, n°871.

les cas, conserver les utilités de son bien et les prérogatives essentielles à son exploitation, le défaut d'exploitation faisant perdre toute valeur au bien¹¹¹.

La notion de dépossession persiste donc dans le domaine des sûretés portant sur des créances tel que le compte d'instruments financiers ou sur les propriétés intellectuelles. Elle se voile sous le concept de maîtrise, mais demeure imparfaite puisqu'elle risque d'entraîner des conflits entre créanciers. Le concept d'hypothèque mobilière aurait dû lui être préféré¹¹².

100. En somme, il convient de se départir du gage pour adopter une extension de l'hypothèque. Car si la nouvelle classification en fonction de l'assiette a le mérite de la clarté en comparaison avec l'ancien AUS, elle ne brille cependant pas par son efficacité vu qu'elle maintient toujours le renvoi au gage et entretient une diversité, qui participe à son inaccessibilité et sa clarté¹¹³.

B. La nature hypothécaire des sûretés mobilières sans dépossession

101. La question de la nature juridique des sûretés mobilières sans dépossession touche aussi bien les meubles corporels que les meubles incorporels¹¹⁴.

102. À la fin du XIXe siècle¹¹⁵ et au début XXe siècle¹¹⁶, des auteurs français en traitant du gage sur créances ou des gages sans dépossession avaient déjà constaté la

¹¹¹ N. BRAZ-MARTIAL, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, préf., D. LEGEAIS, PUAM, 2007, n° 348.

¹¹² V. dans ce sens C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, op. cit., n°428.

¹¹³ V. J.-D. YODE KAKALY, *L'affectation de comptes bancaires en garantie d'une dette*, th., Toulouse I, 2010, n°43 et s

¹¹⁴ V. C. LISANTI, op. cit., n°374 et s; égal., E. PUTMAN, « Sur l'origine de la règle : " meubles n'ont point de suite par hypothèque" », RTD civ. 1994, p. 543 et s ; V. Yannick BLANDIN, *Sûretés et bien circulant, contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th., Panthéon- Assas Paris II, 2014, n° 288.

¹¹⁵ A. BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, th., Paris, 1897, A. Fontemoing, , p. 146 : Cet auteur a milité pour une hypothèque sur créances et sur fonds de commerce. En revanche, il a rejeté l'idée d'une hypothèque mobilière sur les biens corporels et sur les fonds agricoles et souhaite le maintien de l'adage coutumier interdisant l'hypothèque mobilière sur les biens corporels; Marius MOREL, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1902, p. 141, 117-121 : Cet auteur a prôné la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession notamment sur les fonds de commerce et les warrants, considérant le gage comme une technique primitive (p. 146) :

« Le gage, à notre sentiment, est une institution propre aux peuples primitifs ; on le retrouve à l'origine de toutes les législations antiques ; l'homme des premiers temps n'est-il pas, en effet, semblable à l'enfant, et la première idée de l'enfant qui veut s'assurer d'une chose n'est-elle pas d'offrir un gage ? Donc au gage, l'homme civilisé, l'homme des temps modernes, doit nécessairement préférer l'hypothèque, qui elle, sauvegarde les droits du créancier tout en laissant au débiteur, non seulement la possession, mais encore l'usage de la chose. À une

multiplicité des catégories de sûretés mobilières en droit français et avaient alors sollicité l'intervention du législateur français afin de voir consacrer, dans certaines conditions et parfois de manière contradictoire, l'hypothèque mobilière sans dépossession pour certains types de biens incorporels. Des travaux contemporains ont aussi proposé à la fois l'adaptation du modèle du gage à certains biens incorporels et la reconnaissance de la nature hypothécaire pour d'autres¹¹⁷.

103. Classiquement, la technique hypothécaire ne pouvait être utilisée en matière mobilière, en raison de l'impossibilité d'organiser un droit de suite efficace, puisqu'en vertu de l'article 2276 C.civ, le tiers acquéreur de bonne foi du bien grevé est protégé. Cette règle est exprimée par la maxime : « *les meubles n'ont pas de suite par hypothèque* ».

104. Pour rejeter donc la qualification hypothécaire, l'on oppose que le critère distinctif entre le gage et l'hypothèque est précisément la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la sûreté. Cet argument se fonde sur les anciens articles 2118 et 2119 du Code civil¹¹⁸. Ces textes furent utilisés pour rejeter le principe de l'hypothèque mobilière et pour ériger la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la sûreté en critère distinctif du gage et de l'hypothèque. En droit OHADA cette exclusion est marquée aux articles 190 et suivants de l'AUS qui définit l'hypothèque comme « *[...]l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances[...]* ».

105. Cette exclusion traditionnelle des meubles du domaine hypothécaire est indéniable et s'explique par l'importance de l'apparence réalisée par la possession en matière mobilière. L'hypothèque, qui ne se traduit par aucune manifestation extérieure, ne pourrait alors être appliquée aux meubles. Néanmoins, l'on ne peut déduire des articles 2393 et 2398

époque comme la nôtre, où la fortune mobilière est devenue de beaucoup supérieure à la fortune immobilière (...) plus que jamais l'hypothèque des meubles est devenue nécessaire, nous dirions presque indispensable ».

¹¹⁶ V. M. CABRILLAC, *La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, th., Paris, Sirey, 1954, n° 31 et s.; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, th., Paris, Economica, 1986, p. 346, cet auteur souhaitait instaurer l'hypothèque mobilière pour les biens incorporels comme les créances, les fonds de commerce et les marchandises et ce, pour les professionnels. Le gage devait se maintenir pour les particuliers. Dans l'immédiateté, le professeur LEGEAIS préférerait pour des raisons logistiques le maintien du gage sur créances au moyen de la notification adressée au débiteur cédé et de la remise de l'originale du titre au créancier.

¹¹⁷ V. C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, th., Paris, Litec, 2001, p. 21, 73, 271, 459-461 : Cette auteur a milité clairement en faveur de l'adaptation du modèle du gage aux biens incorporels comme les créances, les parts sociales, civiles, les instruments financiers mais reconnaît la nature hypothécaire du nantissement de fonds de commerce et celui des biens issus de la propriété intellectuelle.

¹¹⁸ Art. 2393 et 2398 nouveaux.

du Code civil que le critère distinctif entre gage et hypothèque est la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la sûreté¹¹⁹. Si par son essence l'hypothèque porte sur des immeubles, cette possibilité est aujourd'hui reconnue à d'autres sûretés conventionnelles sans pour autant qu'elles soient des hypothèques. Tel est le cas notamment de l'antichrèse. La nature immobilière de l'objet de la sûreté ne peut donc être retenue comme étant l'élément essentiel de l'hypothèque, même s'il résulte des articles 2393 et 2398 du Code civil que l'hypothèque porte en principe sur des immeubles.

106. La prohibition de l'hypothèque mobilière a pendant longtemps constitué un dogme qui n'est pas susceptible d'exception¹²⁰. Et malgré la reconnaissance par le législateur de 1804 du nantissement immobilier, l'hypothèque restait réservée aux seuls immeubles. Pourtant, par trois fois, le législateur a admis sur certains biens meubles¹²¹, tels que les bateaux et les avions, la faculté de constituer une hypothèque dont le régime est calqué sur celui de l'hypothèque immobilière. Ces biens ont des caractères qui les rapprochent des immeubles, notamment leur fixité liée à leur centre de rattachement et la nécessité d'une immatriculation. En outre, leur valeur importante imposait que l'on prenne ces biens en considération pour octroyer du crédit à leur propriétaire. Les inconvénients de la dépossession pour de tels biens ont convaincu le législateur de l'inadaptation du gage en de telles occurrences. Dès lors, malgré leur nature mobilière le législateur a admis qu'ils peuvent constituer l'assiette d'hypothèques.

¹¹⁹ En ce sens : M. CABRILLAC, *op. cit.*, n°32 et n° 158.

¹²⁰ Dans le droit coutumier la revendication mobilière n'était pas admise en raison d'une confusion entre propriété et possession. Dès lors, on se fixait sur la coutume, « meubles n'ont pas de suite ». Avec l'introduction des revendications romaines en faveur du propriétaire, il devint nécessaire d'exclure l'hypothèque afin que le droit de suite ne fût pas reconnu en faveur du créancier hypothécaire. Dès lors la coutume de Paris, à l'instar, de celle d'Orléans énonça cette règle dans l'adage « meubles n'ont pas de suite par hypothèque ». H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec 4^e éd., 1999, n° 225, p. 439.

¹²¹ L'hypothèque maritime. L'hypothèque sur les navires est la première à avoir été reconnue. Par deux lois successives du 10 décembre de 1874 et du 10 juillet 1885, le législateur a organisé la constitution de cette hypothèque qui doit être enregistrée sur le fichier d'inscription des navires. Le régime de cette hypothèque est calqué celui de l'hypothèque immobilière. Elle confère ainsi à son créancier un droit de suite et un droit de préférence.

L'hypothèque fluviale. Sur le modèle de l'hypothèque maritime, le législateur a institué une hypothèque pour les bateaux de navigation intérieure par une loi du 5 juillet 1917. L'hypothèque doit être inscrite auprès du greffe du tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation. Elle confère également au créancier un droit de suite et un droit de préférence.

L'hypothèque aérienne. Cette hypothèque mobilière est organisée par une loi du 31 mars 1924. Elle doit faire l'objet d'une inscription sur le registre tenu par le ministère chargé de l'aviation civile. Le régime de cette hypothèque est ici encore largement inspiré de celui applicable en matière d'hypothèque immobilière ; V. M. D. KODJO GNINTEDEM, *L'efficacité des sûretés maritimes*, th., Yaoundé II SOA, 2011.

107. En droit OHADA, aux termes de l'article 4 alinéa 4 de l'AUS, « *les sûretés propres aux droits fluvial, maritime et aérien font l'objet de législations particulières* ». Ces sûretés demeurent par conséquent régies par les législations nationales ou supranationales spécifiques, en vigueur dans chaque État membre. S'agissant du Cameroun, les sûretés sur aéronefs sont régies par la loi n°98/023 du 24 décembre 1998 portant régime de l'aviation civile¹²².

Quant aux sûretés sur navires, elles sont régies par le code de la marine marchande de la CEMAC, adopté par Règlement n° 03/01/UEAC-088- CM-06 du 3 août 2001 portant révision du code de la marine marchande UDEAC du 22 décembre 1994, ci-après CCMM27. Ce code régit les sûretés maritimes dans toute la zone CEMAC¹²³.

108. Dépassant la règle de l'article 2276 du Code civil, un véritable droit de suite peut donc s'exercer en matière de gage lorsqu'il est rendu opposable aux tiers par l'inscription sur le registre. La règle « *meubles n'ont point de suite par hypothèque* » perd sa raison¹²⁴ d'être tout autant qu'est considérablement atténuée la différence technique opposant gage et hypothèque, la publicité permettant l'organisation d'un droit de suite sur les meubles¹²⁵.

109. En outre, il paraît plus conforme à l'essence de ces institutions¹²⁶ de retenir que le critère distinctif entre gage et hypothèque est l'existence ou l'absence de dépossession¹²⁷. La qualification d'hypothèque paraît justifiée eu égard de l'absence de remise du bien par le constituant, mais se heurte au principe de l'exclusion des meubles. Même si la nature de l'objet n'était pas le critère permettant de révéler la nature profonde de l'hypothèque, la prohibition de l'hypothèque mobilière résulte des dispositions du Code civil¹²⁸.

¹²² V. A. MINKOA SHE, *op. cit.*, n° 700 et s.

¹²³ Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale qui regroupe le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, le Gabon, la Guinée équatoriale, le Tchad,

¹²⁴ V. Y. BLANDIN, *op. cit.*, n° 288.

¹²⁵ Voir ainsi : M. VIVANT, « L'immatériel en sûreté », in Mélanges Michel CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 405 et s., spéc. n° 17.

¹²⁶ L'apport du droit comparé milite également en faveur de la reconnaissance de l'hypothèque mobilière. Le Security Interest, qui découle de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code des États-Unis. Sur cette sûreté : A.-M. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990 ; J. MESTRE, M. BILLIAU et E. PUTMAN, *Traité de droit civil sous la direction de GHESTIN, Droit spécial des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 1044 à 1047. De même, le nouveau Code civil québécois reconnaît l'hypothèque mobilière. L'article 2660 de ce Code dispose : « L'hypothèque est un droit réel sur un bien meuble ou immeuble affecté à l'exécution d'une obligation ».

¹²⁷ V. C. LISANTI, *op. cit.*, n° 376.

¹²⁸ *Idem*.

110. Pourtant, la doctrine reconnaît la nature d'hypothèque¹²⁹ aux sûretés réelles mobilières sans dépossession. Cette quasi-unanimité, qui passe outre la prohibition des articles 2393 et 2398 du Code civil, pourrait surprendre. Elle ne doit pourtant pas choquer, car le fondement de la prohibition est la place prépondérante de l'apparence et de la possession, nécessaire de par la mobilité de ces biens¹³⁰. À partir du moment où le bien meuble est soustrait à ce régime de principe pour être soumis à un régime de publicité comparable à celui de la publicité foncière, apparence et possession n'ont plus leur place, et corrélativement, l'exclusion de l'hypothèque mobilière n'est plus fondée. Cette exclusion ne se justifie qu'en présence de meubles pour lesquels apparence et possession ont conservé toute leur place. En revanche, elle n'a plus lieu d'être en présence de meubles pourvus de « *fixité fictive* » ou de « *mobilité atténuée* »¹³¹ grâce à un système de publicité, comme certains biens incorporels. Par conséquent, les sûretés qui se rapportent à ces biens méritent pleinement que l'on reconnaisse leur nature hypothécaire.

111. Relativement aux sûretés sur meubles incorporels, l'intérêt de la question est pratique, car qualifier les sûretés réelles sans dépossession sur biens incorporels en hypothèques mobilières permet de résoudre les problèmes engendrés par le silence du législateur en s'inspirant des solutions du droit hypothécaire¹³². Pour autant, l'analogie ne doit pas occulter la prise en considération de la nature mobilière de l'objet de la sûreté.

112. Michel CABRILLAC suggère une ligne de conduite, que nous nous efforcerons de suivre pour les sûretés sans dépossession sur les biens incorporels: « [...] lorsque l'on est tenté d'étendre les règles du droit commun hypothécaire à l'hypothèque mobilière, faut-il le faire avec beaucoup de discernement ; chacun des cas d'hypothèque mobilière offre des particularités qu'il convient d'abord de confronter avec l'esprit de la règle que l'on voudrait étendre pour qu'elle ne risque pas de le heurter. Il faut ensuite s'assurer que cette règle est bien une conséquence de la notion d'hypothèque et non de la nature immobilière de l'objet auquel s'applique traditionnellement cette notion ».

¹²⁹ À ce sujet, il faut noter que la reconnaissance de la nature hypothécaire s'est faite de façon incidente par des illustres auteurs qui affirment en parlant de l'histoire technique des sûretés réelles (fiducie nantissement hypothèque) que l'hypothèque est « l'achèvement technique de l'invention du gage sans dépossession ». V. Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Les sûretés, la publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, 2014, n°408.

¹³⁰ V. C. LISANTI, *op. cit.*, n° 376.

¹³¹ V. J. MESTRE, M. BILLIAU et E. PUTMAN, *op. cit.*, n° 1021.

¹³² V. C. LISANTI, *op. cit.*, n°378.

113. Aussi, il faut prendre en compte d'une part, la nature hypothécaire de la sûreté et d'autre part, le caractère mobilier de son objet. Dès lors, parmi les règles du droit hypothécaire, seules celles résultant de la nature hypothécaire de la sûreté et non du caractère immobilier de l'assiette pourront s'appliquer. De la même manière, l'application des solutions de droit commun du gage doit être exclue si elles sont fondées sur la dépossession,¹³³ mais maintenues lorsqu'elles sont seulement inspirées par la nature mobilière de l'objet du gage .

114. Il convient donc de ne pas s'attacher à l'appellation des garanties, mais à leur régime. Ainsi, la qualification d'hypothèque mobilière doit être attribuée aux garanties mobilières sans dépossession dont le régime est similaire à celui de l'hypothèque immobilière conventionnelle. À cet égard, on peut constater qu'en organisant de nouvelles sûretés sans dépossession portant sur certains meubles facilement localisables, le législateur a sollicité la technique hypothécaire et a conféré aux créanciers des prérogatives très proches de celles du créancier hypothécaire classique : ne bénéficiant pas de la possession des biens et ne pouvant s'opposer ainsi à leur cession, ils sont toutefois titulaires d'un droit de préférence et d'un droit de suite sur eux. Telle est la situation du créancier qui bénéficie d'une sûreté sur le fonds de commerce.

115. En somme, lorsque les caractères d'un bien permettent une inscription sur un registre et une relative fixité, l'hypothèque s'adapte parfaitement à la nature mobilière de son assiette. La dichotomie classique entre les biens meubles et immeubles n'est donc plus nécessairement un critère efficace pour distinguer les sûretés réelles qu'il est possible de constituer. Sans le vouloir, l'organisation du droit de suite par le perfectionnement de la publicité des sûretés réelles réalisée sans dépossession a contribué au rapprochement voire à l'identification de ces sûretés réelles à l'hypothèque.

§. 2. Le possible rapprochement des garanties basées sur la propriété

116. Pendant longtemps, la doctrine s'est opposée¹³⁴ à une reconnaissance de la propriété ou à un usage de la propriété à titre de garantie pour des raisons diverses.

¹³³ V. C. LISANTI, *op. cit.*, n°378.

¹³⁴ « Le droit français concevait difficilement que la propriété puisse constituer une sûreté. D'après les auteurs classiques des raisons théoriques s'opposeraient à ce concept : la règle du *numerus clausus* suivant laquelle il n'y a « pas sûreté réelle sans texte », l'incompatibilité entre la propriété qui est un droit réel principal et le fait qu'une

Mais les évolutions¹³⁵ en la matière ont fait reculer les plus irréductibles et convaincus le législateur français a consacré officiellement la propriété en tant que sûreté véritable.

117. Ce même mouvement a été suivi par le législateur communautaire OHADA. D'une reconnaissance timide¹³⁶ dans les débuts de l'AUS, les propriétés sûretés ont été totalement légitimées par la réforme de l'AUS intervenue en 2010.

118. Si l'introduction ou la consécration de la propriété sûreté en droit des sûretés est à accueillir avec satisfaction, nous militons cependant pour un rapprochement, fusion de toutes ces sûretés en une seule pour atteindre cette accessibilité et clarté que le législateur voudrait imprimer à ce droit.

Des arguments juridiques techniques et pratiques militent en ce sens et permettent de mener à bien une telle entreprise à cause, à la fois de l'uniformité technique(A) et de la suppression plausible des contraintes relatives à la différence de régime(B).

A. Une identité technique

119. Un retour dans l'histoire du droit français nous enseigne qu'à l'origine était la fiducie.

Ce rappel au droit romain peut paraître paradoxal, dans le cadre d'une étude sur les nouvelles formes de garanties pour le crédit et pourtant il est essentiel, car il comporte en germe les mécanismes auxquels se réfèrent la plupart de ces nouvelles techniques qui sont fondamentalement des répliques de la fiducie¹³⁷.

sûreté réelle soit un droit réel accessoire, et enfin, une raison d'opportunité : la propriété sûreté gaspille crédit du débiteur.

À ces raisons théoriques s'ajouteraient des raisons pratiques : la publicité de telles sûretés est rudimentaire ou inexistante ; d'autres part, le créancier demeuré propriétaire risque de disposer du bien, et enfin, le transfert d'une telle garantie est difficile. Or une sûreté doit pouvoir suivre la créance qu'elle garantit ». V. Les garanties du financement, 82^e congrès des notaires de France, n° 96, p. 541 ; V. C. MOULY, *Procédures collectives : Assainir le régime des sûretés*, Études ROBLOT, LGDG, 1984, p. 529-564, et spéc., p. 538, Le Professeur MOULY, a répondu à toutes les objections soulevées par les auteurs classiques sur la question de savoir si la propriété peut être considérée comme une sûreté ? Pour lui les conditions étaient réunies pour que la propriété puisse être utilisée comme une garantie.

¹³⁵ V. N. BORGA, *op. cit.*, n° 493 et s.

¹³⁶ Les propriétés sûretés n'était pas citées dans l'AUS notamment en son art. 39 qui énumérait les sûretés réelles mais apparaissait dans l'AUDCG au chapitre de la réglementation de l'inscription des sûretés réelles au RCCM.

¹³⁷ V. *Les garanties du financement*, 82^e congrès des notaires de France, n°101.

120. Dans l'ancien droit, les contrats étaient soumis à un formalisme excessif. Le débiteur qui voulait donner sa chose en garantie devait procéder par voie détournée. Il devait d'abord transférer la propriété de la chose qu'il se proposait d'engager par l'un des modes d'acquies reconnus par la loi, *la mancipatio ou Vin jure cessio*, suivant qu'il s'agissait d'une chose *mancipi ou nec mancipi*. Là chose devenait ainsi la propriété exclusive du créancier; mais celui-ci devait alors s'engager, par un contrat appelé fiducie, à rémanciper ou rétrocéder la chose, lorsque la dette qu'elle devait garantir aurait été acquittée. Ce second contrat, *fiducia*, était une sorte de *nexum*, engagement solennel qui liait le créancier et le mettait dans l'obligation de transférer de nouveau un jour, l'objet dont la propriété avait été transmise. Ce procédé, qui porte l'empreinte du formalisme du droit primitif des Romains, était encore en vigueur du temps des jurisconsultes classiques.

121. La dette une fois payée, le débiteur avait, pour obtenir la restitution de sa chose, l'action *fiducioe directa* que GAIÛS nous dit être une action *bonae fidei*¹³⁸. Cette action était personnelle. Le débiteur, qui avait transmis à son créancier la propriété, ne pouvait plus faire usage de la *rei vindicatio*; il était à la merci de son créancier. Dans ce contrat de fiducie, c'était lui qui se fiait; non seulement il se privait de la possession de sa chose, mais encore il en abandonnait la propriété à son créancier. Si celui-ci, au mépris de son engagement de fiducie, aliénait la chose, ce qu'il pouvait faire puisqu'il était propriétaire, le débiteur n'aurait pas pu revendiquer contre les tiers. Il en eût été réduit à une simple action personnelle contre son créancier, action illusoire au cas d'insolvabilité de ce dernier. Pour éviter ou amoindrir ce grave inconvénient, le législateur facilitait au débiteur les moyens de recouvrer la propriété de sa chose. S'il venait à en reprendre la possession, il pouvait l'usucaper malgré sa mauvaise foi, par le laps de temps d'une année.

122. Bien que le créancier fût constitué propriétaire, il ne jouissait pas néanmoins de tous les droits inhérents à la propriété.

Malgré les tempéraments qui avaient été apportés à la rigueur du contrat de fiducie, il présentait cet immense inconvénient que le débiteur, en transmettant à son créancier la propriété de sa chose, se livrait à sa merci. Aussi quand les formalités rigoureuses du droit primitif allèrent s'affaiblissant, la fiducie tomba peu à peu en désuétude et finit par

¹³⁸ V. L. GACHASSIN-LAFITE, *Étude sur le pignus en droit romain, sur le gage commercial et les warrants en droit français*, th. Bordeaux, 1872, p. 9 et s.

disparaître. Le *pignus* se substitua alors à la fiducie. Dans ce contrat, l'emprunteur conserve la propriété de sa chose; il n'en transmet plus que la possession.

123. Les auteurs classiques n'ont jamais nié que la propriété était un moyen, et le premier technique de sûreté, accordant au créancier un droit plus fort que celui résultant du gage général. Ainsi, pour eux, « *Le moyen le plus énergique et le plus rudimentaire pour aboutir à ce résultat consiste à transférer au créancier la propriété lui-même. C'est le procédé de la fiducie qui paraît avoir été employé le premier [...]. C'était une véritable aliénation à titre de garantie* »¹³⁹.

124. Ces auteurs lui reprochaient essentiellement d'être une garantie rudimentaire. Or la fiducie s'est étendue depuis de nombreuses années dans des techniques de garanties sur créances utilisées par les banquiers et dont la plus connue est celle des bordereaux *DAILLY*, réglementée et créée par la loi du 2 janvier 1981.

Pour faire jouer à la propriété un rôle de garantie, deux voies sont possibles¹⁴⁰ :

On peut recourir à des techniques contractuelles classiques, en les détournant de leur but, afin de réaliser par un même contrat l'opération financière et l'attribution de la propriété du bien au fournisseur de crédit, c'est le crédit-bail, la vente à des fins de crédit.

On peut aussi ériger la propriété en une véritable sûreté, distincte et accessoire du rapport principal d'obligation qu'il faut garantir. C'est la fiducie-sûreté.

125. Loin de faire l'apologie¹⁴¹ de la fiducie-sûreté, l'idée que nous soutenons est qu'elle constitue la genèse de toutes les techniques modernes.

Les sûretés réelles actuelles ne sont donc que des formes évoluées ou affinées de cette technique de garantie qui compte tenu des contraintes qu'elle faisait peser sur le débiteur a été ôtée du Code civil pour renaître plus forte aujourd'hui. Raison pour laquelle pour certains auteurs contemporains¹⁴², militer pour une suppression pure et simple du nantissement ne serait que la bienvenue au regard de l'évolution et de l'affinement de la technique fiduciaire.

¹³⁹ G. MARTY, P. RAYNAUD, t. III, vol. 1. *Les sûretés*, S, 1971, n° 9, p. 7.

¹⁴⁰ C. WITZ, « La Fiducie, sûreté en Droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, Revue de jurisprudence commerciale, février 1982, p. 67.

¹⁴¹ C. WITZ, *La Fiducie en droit français*, th. , Economica, 1980 et spéc., 171 et s. et 184 et s.

¹⁴² V. V. PINTO HANIA, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés mobilières conventionnelles*, th., Paris- Est, 2011, n°226 et s. Pour elle, il faudrait que le droit des sûretés français « adopte une approche fonctionnelle du droit des sûretés sur biens immatériels en supprimant le nantissement au bénéfice de la fiducie et du gage ».

Cette voie nous paraît être la meilleure. L'usage de la fiducie en lieu et place du nantissement de créance ou de la cession de créance à titre de garantie apporterait au sein des sûretés réelles OHADA une certaine cohérence voire plus d'efficacité.

B. Une différence de régime surmontable

126. La différence de régime qui pourrait justifier la diversité des propriétés sûretés en droit OHADA n'est pas incontournable.

En effet, une analyse des régimes des propriétés sûretés consacrées nous permet de déceler la modicité des différences autrement dit la possibilité de gommer ces particularités entre elles. Concrètement nous pourrions nous interroger sur la cohabitation entre la cession de créance à titre de garantie et le nantissement de créance ou encore la nécessité d'avoir un transfert fiduciaire de somme d'argent et un nantissement de compte bancaire voire un gage sans dépossession.

127. Une revue des règles régissant par exemple la cession de créance à titre de garantie et le nantissement de créance d'une très faible différenciation. Hormis la différence de nom, les deux sûretés reposent sur le même principe à savoir le transfert au créancier de la propriété d'une créance à titre de garantie. Les seules différences, d'ailleurs minimales et surmontables se trouvent dans les personnes habilitées à user de ces garanties. À l'image de la cession DAILLY¹⁴³ en France, la cession de créance à titre de garantie est d'usage limité contrairement au nantissement qui reste à la portée de tous. Ainsi, en vertu de l'article 80 alinéa 1^{er} de l'AUS, « *Une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banque ou de crédit* ».

La cession de créance à titre de garantie ne concerne donc que les crédits consentis par des personnes morales ou les institutions de crédit légalement reconnues. Mais contrairement à la cession DAILLY, le législateur OHADA ne fait pas de la qualité de la créance une exigence particulière dans la constitution de la cession de créance ; ce qui contribue à la rapprocher un peu plus d'un nantissement de créance.

¹⁴³ La cession Dailly est régie par les articles L 313-23 et suivants du Code monétaire et financier.

128. Une réglementation commune souhaitable – Une consécration plus large de la fiducie semble nécessaire, laquelle devrait s'accompagner de l'élaboration d'un régime commun, tant sur le plan de la constitution de ces garanties que de leur réalisation. Quant à leur constitution, les propriétés-garanties pourraient être soumises à certaines règles gouvernant l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles sans que cela ne remette en cause leur nature même. Sur le plan de la réalisation des sûretés, une telle démarche méconnaîtrait au contraire la nature propre de certaines garanties. Un droit commun de la réalisation propre aux propriétés-garanties est toutefois imaginable. Ainsi, les conditions de la revendication pourraient connaître une réglementation générale. Surtout, la compensation pourrait être consacrée comme le mode de dénouement normal des propriétés-garanties. Toutes les hypothèses de fiducies-sûretés consacrées par le législateur et la jurisprudence, dans le cas du gage-espèces, font en effet une place à la compensation. Il faut veiller, comme le préconisent certains auteurs¹⁴⁴, à ce que l'émergence progressive de la fiducie n'aboutisse pas à une situation identique à celle connue des sûretés réelles préférentielles en droit français. Ainsi, les premiers commentaires relatifs à la loi du 19 février 2007 ont souligné son intérêt potentiel au regard de la cession DAILLY qui ne peut porter que sur des créances professionnelles. Les deux mécanismes ne doivent pas devenir concurrents. Il est important que chaque mécanisme soit doté d'une fonction spécifique dans l'ordre juridique. Si la fiducie a vocation à devenir une institution de droit commun et d'un usage aussi souple que la cession de créance à titre de garantie, il faudra en tirer les conséquences et supprimer cette dernière. Deux institutions de ce type ne doivent cohabiter que si chacun se voit assigner un domaine propre.

129. Le caractère hétéroclite qui perdure dans le droit des sûretés réelles notamment mobilières tranche malheureusement avec le souci de simplification que législateur communautaire a voulu imprimer à l'AUS suite à la réforme de 2010, or lisibilité et efficacité en matière de sûreté vont de paire. L'élection de la voie hypothécaire ou de la fiducie pour les sûretés propriétés trouve alors sa raison pour pallier cette insuffisance qui se constate aussi par la difficile accessibilité de notre droit des sûretés réelles.

¹⁴⁴ V. N. BORGA, *op. cit.*, n°494.

Section 2 : Une accessibilité relative du droit des sûretés réelles mobilières

130. Si des efforts ont été accomplis par le législateur communautaire en vue d'une meilleure simplification du régime des sûretés mobilières, le constat actuel n'est pas assez reluisant. En effet, les sûretés mobilières, en dépit des réformes, n'arrivent toujours pas à convaincre ou à se faire accepter par les acteurs des affaires ; signe de leur peine à s'acclimater à la particularité socio-économique des États membres de l'OHADA (§. 1). En conséquence, le recours à des voies presque non conventionnelles est priorisé par les populations en vue d'obtenir du crédit (§. 2).

§.1 : La difficile adaptation des sûretés mobilières au contexte socio-économique de l'OHADA

131. De nombreux auteurs dénoncent la lacune principale de la législation OHADA qui réside dans son éloignement des réalités socio-économiques¹⁴⁵ africaines. Or, comme le disait MONTESQUIEU, une bonne loi devrait découler de la nature des choses¹⁴⁶.

Si la reproduction du modèle français¹⁴⁷ dans le droit de l'OHADA permet aux investisseurs et aux financiers européens d'évoluer dans un environnement juridique familier, cette méthode ne permet pas de prendre en compte le contexte socio-économique africain. Le tissu économique des États membres de l'OHADA se caractérise en effet par la prédominance du secteur informel, l'analphabétisme et l'illettrisme.

132. Le dispositif mis en place par l'OHADA traduit le souci de restaurer la confiance des investisseurs internationaux et de capter leur intérêt. Pour autant, il est possible de faire évoluer les règles de l'OHADA dans le sens d'un optimum correspondant à leur environnement social, tout en préservant l'indispensable cohérence avec des objectifs économiques de portée internationale¹⁴⁸.

¹⁴⁵ V. dans ce sens E. M. KOUMBA, *Droit de l'OHADA, prévenir les difficultés des entreprises*, L'Harmattan, 2013, n° 293 et s., spéc., n° 295 ; S. KWEMO, *op. cit.*, n° 25 ; N. N. MADJIWEI, *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, th., Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 171.

¹⁴⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 2008, p. 61.

¹⁴⁷ V. Dans ce sens, F. ANOUKAHA, *op. cit.*, n° 12, p. 8, qui dans l'AUS de 1999 attirait l'attention sur le fait que le législateur communautaire n'avait pas révolutionné le droit des sûretés des pays membres de l'OHADA puisque que l'influence du droit français est resté partout présente.

¹⁴⁸ Ph. TIGER, *Le droit des affaires en Afrique*, coll. Que sais-je ?, PUF, Paris, 2001, p. 124.

Il s'agit en effet de concilier l'exigence de sécurité pour tous avec des textes qui s'appliquent aisément, et le respect de l'égalité de tous les citoyens dans le bénéfice du service public. Autrement dit, il faut mettre en place un cadre juridique qui puisse répondre aussi bien aux exigences liées à la modernité qu'aux spécificités des contextes socio-économiques africains.

133. Les efforts du législateur pour une prise en compte du secteur informel en matière de sûretés sont incontestables(A) même si ces efforts connaissent de nombreuses limites(B).

A. La réforme du droit des sûretés réelles mobilières pour une prise en compte du secteur informel

134. Le microcrédit est l'outil de financement par excellence pour les commerçants du secteur informel.

L'enjeu de la simplification du droit des sûretés réelles de l'OHADA est de permettre à la fois, le développement du microcrédit et en amont la prise en compte nécessaire du secteur informel (1). Il convient aussi dans le même ordre d'idée d'exposer les amendements apportés par le législateur afin d'encadrer et de favoriser l'accès au crédit des personnes exerçant dans le secteur dit informel(2).

1. La prise en compte du secteur informel

135. La recherche de l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA ne peut être dissociée de l'étude de celle du secteur informel, car il regroupe plus de 80% des activités économiques.

Avant de démontrer comment le droit des sûretés réelles prend en compte le secteur informel, il convient d'en donner succinctement une définition.

136. La part occupée par l'informel dans le monde des affaires dans l'économie des États de l'OHADA est telle qu'elle entrave le bon rayonnement du droit OHADA. Preuve peut être de l'inadéquation entre ce droit et la réalité sociétale qu'il est censé régir.

Le secteur informel en Afrique s'est considérablement développé à partir de l'année 1980 qui marque le début de la crise économique dans la plupart des pays africains¹⁴⁹.

137. Le concept de secteur informel a été officiellement introduit par l'anthropologue Keith HART¹⁵⁰ en 1971, dans une étude sur le Ghana. C'est lui qui employa le premier l'adjectif « *informal* », mais appliqué aux « *opportunités de revenu* », et non à un quelconque secteur. Pour lui « *l'informel, c'est ce qui manque des formes imposées par l'État ; il peut s'agir de paiement d'impôts ou de cotisations fiscales, de tenue d'une comptabilité généralisée, de respect du droit* ». Il pose aussi le problème du revenu informel comme un revenu complémentaire devenu nécessaire en raison de la stagnation des salaires et de l'inflation, alors que la solidarité familiale et le recours au crédit atteignent leur limite. Il situe donc l'analyse au niveau des ménages.

138. Le BIT, à l'occasion du « rapport Kenya » en 1972 sur le programme mondial de l'emploi, fut le premier à employer le terme de « *secteur informel* » pour la première fois. En sus, il décrit ses sept caractéristiques principales¹⁵¹. L'une des principales conclusions de cette mission fut que, dans les pays en développement comme le Kenya, le véritable problème social n'était pas le chômage, mais l'existence d'une importante population de « travailleurs pauvres », dont beaucoup peinaient très durement pour produire des biens et des services sans que leur activité soit pour autant reconnue, enregistrée, protégée ou réglementée par les pouvoirs publics. Le rapport parlait à ce sujet de « *secteur non structuré* ».

139. L'expression « *secteur informel* » servait donc à désigner « *les activités se développant en milieu urbain, permettant d'absorber une partie de la main-d'œuvre provenant des migrants ruraux, et n'obéissant pas aux règles formelles de l'économie moderne, à savoir la comptabilité, le droit du travail, etc.* »¹⁵². Plusieurs appellations ont été

¹⁴⁹ C. TOHON, « Le droit pratique du commerce informel : un exemple de pluri juridisme au Bénin », À la recherche du droit africain du XXI siècle, Connaissances et Savoirs, Paris, 2005, p. 247, cité par S. KWEMO, *op. cit.*, n° 27.

¹⁵⁰ K. HART, « Informal income opportunities and urban employment in Ghana », *Journal of Modern African Studies*, II, 1, 1973, p. 61-89.

¹⁵¹ Ce sont : facilité d'accès à l'activité ; utilisation de ressources locales ; propriété familiale de l'entreprise ; échelle d'activité réduite ; usage de techniques qui privilégient le recours à la main-d'œuvre ; qualifications acquises hors du système officiel de formation ; marchés concurrentiels et sans réglementation ; v. B. LAUTIER, *L'économie informelle dans le tiers monde*, Paris, La découverte, 1994, p. 13.

¹⁵² V. E. M. HERNANDEZ, « La gestion financière de l'entreprise informelle africaine : spécificités », *RFC*, juill.- août, 1994, n° 258, p. 76, cité par N. N. MADJIWEI, *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, th., Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 209.

proposées pour désigner ces petites activités telles que la vendeuse de manioc, le gérant de toilettes publiques, ou de cabines téléphoniques, se développant en parallèle du cadre légal et formel. Ces terminologies ont en commun d'être fondées sur des dichotomies¹⁵³, telles que : « *secteur transitionnel/secteur moderne* », « *circuit inférieur/circuit supérieur* », « *économie de bazar/économie d'entreprise* ». Cependant, c'est la terminologie fondée sur la dichotomie « *secteur informel/secteur formel* »¹⁵⁴ qui reste la plus employée ; ensuite vient la distinction « *secteur non structuré/secteur structuré* ».

140. Tous ces travaux ont certes aidé à mieux comprendre le phénomène du secteur informel dans différents contextes nationaux et culturels ; en revanche, ils n'ont pas permis jusqu'ici d'en donner une définition claire qui fasse l'unanimité¹⁵⁵.

Depuis la création du concept, le Bureau international du Travail (BIT), le définit comme « *un ensemble d'unités produisant des biens ou des services en vue principalement de créer des emplois et des revenus pour les personnes concernées. Ces unités, ayant un faible niveau d'organisation, opèrent à petite échelle et de manière spécifique, avec peu ou pas de division du travail et du capital en tant que facteurs de production. Les relations d'emploi, lorsqu'elles existent, sont surtout fondées sur l'emploi occasionnel, les liens de parenté ou les relations personnelles et sociales plutôt que sur des accords contractuels comportant des garanties en bonne et due forme. Les unités de production du secteur informel présentent les caractéristiques particulières des entreprises individuelles. Les actifs immobilisés ou autres utilisés n'appartiennent pas aux unités de production en tant que telles, mais à leurs propriétaires* »¹⁵⁶.

141. Mais les auteurs sont loin de s'entendre sur ce que sont exactement les activités du secteur informel et sur ce qui les distingue des activités du secteur formel. La plupart des tentatives de définition entreprises dans les études portant sur ce secteur renvoient à l'idée que

¹⁵³ V. S. KWEMO, *op. cit.*, n° 71.

¹⁵⁴ V. N. N. MADJIWEI, *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁵ V. dans ce sens Hans SINGER, qui estime que « le commerce informel est comme une girafe, difficile à décrire mais facile à reconnaître », cité par R. ADIDO, *Essai sur l'application du droit en Afrique : le cas de l'OHADA : aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, th., Perpignan, 2000, n° 212.

¹⁵⁶ Définition adoptée lors de la 15^e conférence internationale des statisticiens du travail en janvier 1993; V. S. KANTÉ, *Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone : vers la promotion d'un travail décent*, BIT, Genève, 2002, p. 8.

la diversité qui caractérise le secteur informel entraîne l'impossibilité d'une définition juridique ou économique consensuelle¹⁵⁷.

Comme on le constate, il n'existe pas de définition paradigmatique¹⁵⁸ du secteur informel. La notion est explicitée ici et là en fonction des intérêts et des objectifs de recherche.

142. De toutes les définitions du secteur informel, la définition de MORISSON Christian et celle de Harold LUBELL¹⁵⁹, nous semblent les plus élaborées. Selon le premier cité, « *le secteur informel se définirait par l'absence d'enregistrement et le non-respect des règlements. Ce secteur vivrait en quelque sorte en marge du cadre institutionnel légal, dans une situation d'a-légalité (il ne respecte pas les réglementations l'État acceptant cette situation), voire d'illégalité, si l'État tente en vain de le soumettre à la loi* »¹⁶⁰. Pour le second, le secteur informel doit s'appréhender comme « *l'ensemble des activités et microentreprises de production et de service, en général non agricoles, qui ne sont pas systématiquement enregistrées par appareils, les services et les recensements statistiques officiels. Échappant largement aux réglementations administratives, aux systèmes de sécurité sociale et de protection du travail, aux impositions fiscales, n'utilisant guère de comptabilité, elles sont, non pas illégales, mais en dehors de la légalité* ».

¹⁵⁷ V. dans ce sens B. LAUTIER, « Les travailleurs n'ont pas de forme », in C. de MIRAS, A. MORICE, *L'État et l'informel*, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 13, qui estime que : « *la notion de secteur informel n'a ni définition, ni critère pertinent de repérage, ni consistance, ni délimitation[...], même si l'on pouvait définir un secteur formel, on ne pourrait définir un secteur informel* ».

¹⁵⁸ Le mot anglais «informal», tel qu'il est employé par Keith HART à l'origine, dont la traduction française est « informel » signifie à la fois « irrégulier » et « sans règle précise ». La définition courante du secteur informel ne retient en général que ce second sens.

Ainsi, Sethuraman en donnait en 1976 la définition suivante : « c'est un secteur composé d'entreprises employant moins de 10 personnes, échappant à toute réglementation administrative et juridique, employant une main-d'œuvre familiale, appliquant des horaires souples, recourant à des sources informelles de crédit et fabriquant des produits finalisés (par opposition à des produits intermédiaires) . Les travailleurs de ces entreprises ont rarement accès à l'enseignement scolaire, utilisent peu d'énergie électrique et mènent des activités semi-permanentes ». Dans sa contribution au séminaire du GEFOP (Groupe Experts formation Professionnelle) du 24 février 2006, Fred FLUITMAN dit de la notion de secteur informel qu'il s'agit d'un « concept qui couvre une grande variété d'activités économiques, qui, le plus souvent, ne sont pas reconnues, enregistrées, protégées, ou régulées par les autorités publiques, et qui sont exécutées en micro ou petites entreprises par des gens qui n'ont pas d'autres moyens pour survivre ».

Selon Kiari Liman TIINGIRI, « le secteur informel recouvre des activités de production, de service, ou de distribution, exercées par des unités de petite taille, localisées dans les centres urbains et à leur périphérie, gérées de façon empirique, et qui échappent partiellement à la réglementation ».

Décrivant le secteur informel, Jean-Marc ELA considère que les activités diverses qui s'y déroulent, depuis les métiers du bois et des métaux jusqu'aux réparations mécaniques et électriques, sans oublier les activités de commerce de transports interurbains, ont en commun de ressortir à l'auto-emploi.

¹⁵⁹ Harold LUBELL, *Le secteur informel dans les années 80 et 90. Études du centre de développement*, Paris, OCDE, 1991, p. 13.

¹⁶⁰ C. MORRISSON, cité par N. N. MADJIWEI, *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, th., Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010, p. 210.

143. Ces définitions nous permettent d'identifier sept critères qui caractérisent le secteur informel¹⁶¹:

- la facilité d'accès aux activités ;
- l'utilisation de ressources locales ;
- la propriété familiale des entreprises ;
- l'activité à petite échelle ;
- l'utilisation de techniques simples et d'un nombre réduit de travailleurs ;
- les qualifications acquises en dehors du système scolaire officiel ;
- les marchés échappant à tout règlement et ouverts à la concurrence

144. Le secteur informel est donc une nébuleuse¹⁶² qui recouvre un « fourre-tout » hétérogène de pratiques socio-économiques, unifiées par leur marginalité par rapport à la loi et à l'officiel¹⁶³.

Ainsi, si des désaccords persistent sur les types d'activités et les catégories de travailleurs que le secteur informel englobe exactement, il semble au moins que les auteurs soient parvenus à une certaine identité de vues sur les principales caractéristiques de ce secteur et sur les grands problèmes qu'il soulève.

145. Cependant, dans la plupart des définitions, le secteur informel est abordé selon une approche marginaliste et négative. Ce secteur est défini et étudié par rapport aux caractéristiques des systèmes économiques occidentaux, alors que ses activités constituent en fait le fondement de ce qu'on peut considérer comme la « vraie » économie endogène en Afrique, et que la majorité des citoyens y fonctionnent¹⁶⁴.

146. Le secteur informel représente en effet au minimum 75 % des emplois, 80 % des créations d'emploi et environ 50 % de la richesse nationale des États africains¹⁶⁵.

¹⁶¹ C. TOHON, « Le droit pratique du commerce informel : un exemple de pluri juridisme au Bénin », *op. cit.*, p. 250.

¹⁶² V. S. KWEMO, *op. cit.*, n°39.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Bulakali SHALLY GACHURUZI, *L'entrepreneuriat en Afrique noire*, p. 8, cité par S. KWEMO, *op. cit.*, n° 41.

¹⁶⁵ WALTHER Richard, la formation professionnelle en secteur informel : ou comment dynamiser l'économie des pays en voie de développement ?, Les conclusions d'une enquête de terrain. dans sept pays africains, AFD, Paris, 2007, p. 30.

Cette approche marginaliste dans la définition conceptuelle du secteur informel oriente les études réalisées à cet effet à mettre plus en évidence les caractéristiques qui le différencient du secteur formel qu'à étudier son fondement et son fonctionnement interne¹⁶⁶ de manière à parfaire sa prise en compte. Or c'est le lieu de la micro entreprise et de la petite entreprise, c'est-à-dire l'espace possible d'une croissance et d'une dynamique économiques spécifiques à l'organisation économique des pays africains¹⁶⁷ et donc de contributeur prééminent à la richesse nationale¹⁶⁸.

Le secteur informel ne recouvre donc pas la même réalité en France par exemple, qu'en Afrique. Ainsi, alors que dans le contexte français, « le caractère officieux, occulte de l'activité entrepreneuriale » doit être tenu comme le critère d'identification déterminant¹⁶⁹, il en va différemment en Afrique.

147. Si l'existence du secteur informel est connue et acceptée par les autorités étatiques, ces dernières ont tendance soit à ignorer complètement ce secteur, soit à ne pas le prendre suffisamment en compte lors de la mise en place de leur réglementation. C'est cette dernière attitude qui a été adoptée par le législateur de l'OHADA.

Or, l'un des objectifs visés par les États membres de l'OHADA est bien « l'élaboration et l'adoption de règles [...] adaptées à la situation de leurs économies »¹⁷⁰. À l'heure actuelle, cet objectif n'est pas totalement atteint.

148. En effet, bien que le secteur informel soit le moteur du développement économique en Afrique, il n'a pas suffisamment été pris en compte par le législateur de l'OHADA lors de l'élaboration des actes normatifs. Il en résulte que le cadre juridique initialement mis en place est en grande partie inadapté au secteur informel.

L'ambition première du législateur de l'OHADA était d'élaborer un corps de règles pour attirer les investisseurs étrangers. Cette ambition de départ explique certainement le fait que le droit initialement mis en place par l'OHADA soit éloigné de la réalité socio-économique africaine.

¹⁶⁶ Bulakali SHALLY GACHURUZI, *L'entrepreneuriat en Afrique noire*, op. cit., p. 8.

¹⁶⁷ WALTHER Richard, op. cit., p.30.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁶⁹ J. MONEGER, « Le droit français relatif à l'activité entrepreneuriale occulte », Les pratiques juridiques, économiques et sociales informelles, Actes du colloque international de Nouakchott du 8-11 décembre 1988, PUF, Paris, 1991, p. 404.

¹⁷⁰ Art. 1^{er} du Traité OHADA.

149. L'un des objectifs de la réforme en cours des Actes uniformes est donc de mettre en place un dispositif qui prend suffisamment en compte le secteur informel. Ainsi, les deux premiers Actes uniformes révisés, relatifs au droit commercial général et au droit des sûretés, contiennent des dispositions qui visent spécifiquement les opérateurs du secteur informel¹⁷¹.

Il est en effet opportun que l'activité normative soit en phase avec les réalités socio-économiques, et c'est à juste titre que Jean-Louis BERGEL a écrit : « il faut que le droit soit compatible avec les aspirations des peuples et l'opinion publique pour que le corps social ne le rejette pas. Sinon, faute de pénétrer dans l'ordre juridique, il reste lettre morte et perd toute effectivité »¹⁷².

Dans la majorité des cas, si les opérateurs du secteur informel méconnaissent la réglementation, c'est parce que celle-ci n'est pas adaptée à leur situation. Ils sont incapables de supporter les coûts financiers liés à l'enregistrement de leurs activités, la plupart des dispositions législatives et réglementaires étant totalement étrangères à leurs besoins.

150. Il est nécessaire de faciliter l'intégration progressive de ce secteur dans l'économie nationale, afin notamment de le rendre plus dynamique, de créer plus d'emplois, d'augmenter le niveau des revenus, d'améliorer la protection de ceux qui tentent d'y gagner leur vie, et de développer le secteur privé.

Cette intégration du secteur informel dans l'économie nationale passe par la mise en place d'un cadre légal approprié à ce secteur.

151. La question qui se pose est celle de savoir quelles sont les mesures qui pourraient être prises dans le cadre de l'OHADA afin de mettre en place une législation appropriée aux réalités socio-économiques africaines.

La prise en compte du secteur informel dans l'élaboration de l'acte uniforme sur les sûretés implique par corollaire celle de l'incitation au développement du microcrédit en ce sens que la quasi-totalité des activités informelles débutent avec des crédits de moindre importance.

¹⁷¹ V. dans ce sens A. FÉNÉON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, 2015, n°23 et 1945.

¹⁷² J.-L. BERGEL, « La relativité du droit ? », R.R.J, n° 3/1986, p. 13 et s. spéc. 16.

152. Le législateur OHADA a essayé tant bien que mal de ne pas laisser de côté le secteur informel en opérant des réformes au niveau du droit commercial général, du droit des sociétés commerciales, mais surtout en matière de sûreté réelle.

2. Aperçu des réformes du droit des sûretés mobilières

153. Sur le fond, le droit de l'OHADA antérieur à la réforme, en matière de sûretés réelles mobilières, était resté très proche de l'ancien système français qui lui-même n'était plus adapté aux besoins des activités économiques.

La révision de l'AUS a donc permis de redéfinir le cadre juridique de ces sûretés, afin de clarifier les différentes formes possibles de sûretés, pour se rapprocher autant que faire se peut de la *Security Interest* prévue par le droit nord-américain des affaires (États-Unis), tout en améliorant leur publicité et en simplifiant les modalités de leur réalisation, à l'effet de les rendre plus efficaces.

Pour plus de clarté et de simplicité en matière de droit des sûretés réelles, l'AUS révisé redéfinit les notions de gage et de nantissement, allège le coût des formalités de constitution des sûretés réelles mobilières, et assouplit les règles en matière de sûretés réelles mobilières.

Nous insisterons plus sur les deux dernières réformes citées, en ce sens que ce sont elles qui sont censées rendre les sûretés réelles mobilières plus accessibles et plus adéquates au monde des activités informelles dans les pays OHADA.

154. Si la redéfinition des notions de gage et de nantissement amène plus de clarté et de flexibilité dans le droit des sûretés réelles de l'OHADA, la révision de l'AUS a surtout visé l'allègement du coût des formalités de constitution des sûretés réelles mobilières.

155. L'allègement du coût des formalités de constitution des sûretés réelles
L'AUS révisé a allégé le coût des formalités de constitution des sûretés réelles mobilières en supprimant la double formalité d'enregistrement de ces sûretés, contenue dans l'ancien AUS. Il a également considérablement limité le nombre de sûretés réelles mobilières concernées par la formalité préalable d'immatriculation du débiteur avant toute constitution d'une sûreté.

156. L'obligation, posée par l'ancien AUS, de procéder à la fois à l'inscription au RCCM et à l'enregistrement au bureau d'enregistrement des sûretés mobilières sans

dépossession, constituait une double formalité contraignante, notamment pour les opérateurs du secteur informel. L'AUS révisé a supprimé cette double formalité d'enregistrement, en maintenant seulement l'inscription de ces sûretés au RCCM.

157. L'ancien AUS posait l'obligation, outre l'immatriculation au RCCM, d'enregistrer l'acte constitutif de nantissement dans un bureau d'enregistrement.

Le nantissement devait être constitué par acte authentique ou par acte sous seing privé dûment enregistré. Il en était ainsi dans le cas du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières¹⁷³, du fonds de commerce¹⁷⁴, du matériel professionnel et des véhicules automobiles¹⁷⁵, et des stocks¹⁷⁶.

158. L'opportunité de l'enregistrement de l'acte constitutif de nantissement était discutable. En effet, cette formalité faisait double emploi avec l'inscription au RCCM qui produit les mêmes effets que l'enregistrement : date certaine et opposabilité aux tiers¹⁷⁷. De fait, l'existence d'une double formalité d'enregistrement augmentait inutilement les coûts de constitution de la sûreté.

159. En outre, il n'y a aucune uniformité entre les pays membres l'OHADA, s'agissant des frais d'enregistrement (aux impôts) et d'inscription (au RCCM) des sûretés, dont les taux varient souvent de manière importante d'un pays à l'autre et qui sont parfois trop importants pour qu'une sûreté puisse être réellement constituée en pratique.

Il faut, en effet, rappeler que l'AUS ne s'est pas prononcé sur le montant les modalités de paiement des frais d'inscription au RCCM, pas plus que sur les droits d'enregistrement, qui relèvent de la politique fiscale de chaque État membre de l'OHADA¹⁷⁸.

Or, l'enregistrement n'a pour d'autres objectifs que de donner une date certaine à l'acte et non, en principe, de prélever un impôt supplémentaire sur une personne au titre d'une opération donnée.

¹⁷³ Art. 65 anc. AUS.

¹⁷⁴ Art. 70 anc. AUS.

¹⁷⁵ Art 94 anc. AUS.

¹⁷⁶ Art. 101 anc. AUS.

¹⁷⁷ Cabinet LOVELLS et P.CROCQ, Étude portant sur l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés : solutions aux difficultés pratiques de mise en œuvre, Rapport final révisé du 12 mai 2009 p. 10.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 10.

160. Dans tous les cas, l'existence d'une double formalité d'enregistrement ne paraissait guère conforme aux besoins de la pratique, car cela alourdissait inutilement la procédure et augmentait les coûts de constitution des sûretés réelles mobilières.

Notamment pour les opérateurs du secteur informel, qui subissent déjà la méfiance des banques du fait de la précarité de leurs activités, double formalité d'enregistrement leur limitait encore plus l'accès au crédit. Du fait de la lourdeur et du coût élevé de la procédure, ils ne pouvaient être en mesure de constituer des sûretés pour garantir leur emprunt.

Afin de faciliter la constitution à moindre coût de sûretés réelles mobilières, l'AUS révisé a supprimé l'obligation d'enregistrement de ces sûretés.

161. La suppression de la formalité d'enregistrement des sûretés réelles mobilières. L'AUS révisé a supprimé l'obligation d'enregistrement pour toutes sûretés mobilières, car cet enregistrement faisait double emploi avec l'obligation d'inscription de ces sûretés au RCCM. Ainsi, en ce qui concerne le gage, l'article 97 de l'AUS prévoit que « *le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties* ».

Concernant le nantissement des biens meubles incorporels, il est simplement prévu que ceux-ci doivent être constatés dans « un écrit »¹⁷⁹, et non plus dans « un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré » comme c'était le cas avant la réforme.

162. Dès lors, la publicité au RCCM suffit à donner date certaine à la constitution des sûretés réelles mobilières, et à les rendre ainsi opposables aux tiers.

La suppression de la nécessité d'un enregistrement permet alors d'éviter d'avoir à payer des droits d'enregistrement dont les taux sont variables selon les États.

Le souci de limiter les coûts de constitution des sûretés réelles mobilières a également conduit le législateur de l'OHADA à limiter le nombre de sûretés concernées par l'obligation faite au débiteur d'être préalablement immatriculé au RCCM avant de constituer ce type de sûreté.

L'ancien AUS posait l'obligation au débiteur, pour toutes les sûretés réelles mobilières sans dépossession, d'être préalablement immatriculé au RCCM avant de les constituer, ce qui alourdissait les coûts de constitution de ces sûretés.

L'AUS révisé a donc limité le champ d'application de cette formalité.

¹⁷⁹ Cf. les art. 127, 141, 147, 157 et 163 de l'AUS.

163. Par ailleurs, le législateur de l'OHADA avait mis à la charge du débiteur qui constitue un nantissement sans dépossession, une obligation préalable d'immatriculation au RCCM avant la constitution de cette sûreté. Cependant, la teneur de cette obligation variait en fonction du nantissement en cause.

164. Concernant le nantissement des stocks, l'ancien article 101, alinéa 1^{er} de l'AUS imposait, sous peine de nullité, de mentionner : « [...] *s'il y a lieu, le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier du débiteur qui constitue le nantissement* ». Les mots « *s'il y a lieu* » laissaient penser que pour le nantissement des stocks, l'immatriculation préalable du débiteur au RCCM n'était pas obligatoire. Ainsi, semblait-il que si le débiteur était un commerçant qui était immatriculé au RCCM, il devait indiquer le numéro d'immatriculation dans l'acte de nantissement. Mais dans le cas où le débiteur n'était pas immatriculé au RCCM, cela ne l'empêchait pas de constituer ce type de sûreté. Un opérateur du secteur informel pouvait donc en théorie constituer un nantissement des stocks.

165. Finalement, il n'y avait que pour le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles pour lesquels l'immatriculation au RCCM n'était pas stipulée. L'AUS révisé est venu restreindre davantage le champ d'application de l'obligation d'immatriculation préalable du débiteur.

166. À l'exception du cas du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières¹⁸⁰, l'AUS révisé abandonne l'exigence d'immatriculation préalable du débiteur au RCCM pour la constitution de toutes les autres sûretés réelles mobilières sans dépossession. C'est surtout en matière de nantissement de fonds de commerce que cette mesure se fait ressentir. En effet, c'est en cette matière que le législateur de l'OHADA posait clairement l'obligation pour toute personne physique ou morale commerçante d'être préalablement immatriculée au RCCM avant toute constitution de cette sûreté¹⁸¹. Or, le nouvel article 163, alinéa 1^{er} de l'AUS exige simplement que soit désigné le débiteur ou le constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur.

¹⁸⁰ L'exigence d'immatriculation préalable en vertu de l'article 141 de l'AUS, n'est requise, comme par le passé, que si le débiteur est une personne morale. Ce type de nantissement ne peut donc, en pratique, être consenti que par une entreprise immatriculée au RCCM, ce qui exclut les sociétés étrangères ou oblige ces dernières à constituer une succursale pour les besoins de l'opération .

¹⁸¹ Art. 70 alinéa 2 anc. AUS.

167. Toutefois, en matière de gage de biens meubles corporels, la seule exigence relative au débiteur est qu'il soit propriétaire du bien remis en gage.

Le nouvel article 95 de l'AUS dispose en effet que « *le constituant d'un gage de biens présents doit être propriétaire de la chose gagée. S'il ne l'est pas, le créancier gagiste peut s'opposer à la revendication du propriétaire dans les conditions prévues pour le possesseur de bonne foi* ».

Lorsque le gage porte sur un bien ou un ensemble de biens futurs, le droit du créancier s'exerce sur le bien gagé aussitôt que le constituant en acquiert la propriété, sauf convention contraire¹⁸².

168. L'AUS révisé opère enfin un assouplissement des règles régissant le droit des sûretés réelles mobilières de l'OHADA.

Cet assouplissement se traduit par la simplification des règles de constitution des sûretés et des règles régissant l'exploitation des biens mis en garantie.

C'était le cas de la mention des conditions d'exigibilité. Il est nécessaire que les contrats de sûretés ainsi que les différents bordereaux d'inscriptions contiennent un certain nombre de mentions permettant une identification sans équivoque de la créance garantie et de l'objet de la sûreté. Pour autant, certaines des mentions obligatoires qui étaient prévues à cet effet dans l'ancien AUS étaient source d'incertitudes et de difficultés considérables en pratique.

169. On retrouvait l'exigence de la mention, dans l'acte constitutif de la sûreté, des conditions d'exigibilité¹⁸³ de la créance garantie et de ses intérêts, en matière de nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières¹⁸⁴, du fonds de commerce¹⁸⁵, du matériel professionnel et des véhicules automobiles¹⁸⁶ et des stocks¹⁸⁷.

Cette exigence était, en pratique, source de difficultés. En effet, il se posait la question de savoir jusqu'à quel degré de précision il fallait aller pour définir ces « conditions d'exigibilité » de la créance garantie. Fallait-il reprendre toute la liste des cas de remboursements anticipés et les événements susceptibles de déclencher la déchéance du terme ? Fallait-il procéder à une inscription modificative chaque fois que le contrat était modifié sur ces clauses ?

¹⁸² Art. 96 alinéa 2 AUS.

¹⁸³ V. aussi art.96 al. 1^{er} AUS.

¹⁸⁴ Cf. art 65 al. 5 anc. AUS

¹⁸⁵ Cf. art.70 al. 6 anc. AUS

¹⁸⁶ Cf. art 94 al.4 anc. AUS

¹⁸⁷ Cf. art. 101 al. 5 anc. AUS

170. L'AUS révisé a donc supprimé l'obligation de mentionner, dans l'acte constitutif de la sûreté, les conditions d'exigibilité de la créance garantie et de ses intérêts.

171. En définitive, la réforme du droit des sûretés a permis d'organiser les garanties portant sur des biens meubles autour de principes facilitant leur formalité de constitution et élargissant leur assiette. De ce fait, elle rend la constitution des sûretés réelles en théorie plus accessible pour les opérateurs du secteur informel, ce qui permet de leur faciliter l'accès au microcrédit.

Des efforts ont ainsi été effectués par le législateur afin de rendre les sûretés réelles accessibles mêmes aux acteurs de la vie économique informelle. Mais ces réformes bien qu'importantes restent insuffisantes à favoriser l'accès au crédit à tous à travers l'usage des garanties dites traditionnelles.

B. Les limites des réformes entreprises

172. Le droit OHADA est matériellement limité en ce qu'il vise principalement le secteur formel de l'économie, et en pratique, du fait de la structure des économies africaines caractérisées par la prédominance du secteur informel. De fait, la législation de l'OHADA n'est pas incitative à la formalisation du secteur informel, car le cadre juridique mis en place est rigide si on veut l'appliquer à ce secteur.

173. Les études sur le secteur informel ont permis de constater que l'un des problèmes principaux concernant les entreprises du secteur informel est le financement de leurs activités.

Il existe en effet une méfiance réciproque entre les opérateurs du secteur informel et les circuits de financement formels de type banque commerciale. Ces derniers témoignent de peu d'intérêt pour les petits entrepreneurs, car elles considèrent comme trop risqués les investissements dans les activités informelles. Pour justifier leur attitude méfiante, les banques arguent souvent de l'incompétence des opérateurs du secteur informel en matière gestion des entreprises, et de l'absence de garanties de remboursement des sommes sollicitées.

174. Quant aux entrepreneurs du secteur informel, dont certains sont analphabètes, ils se heurtent à des procédures d'accès aux crédits bancaires trop coûteuses et trop compliquées. Ainsi, tandis que certains trouvent dans l'impossibilité de satisfaire aux

conditions requises, d'autres n'ont pas suffisamment de garanties à fournir. Dans tous les cas, les conditions d'accès au crédit bancaire, à savoir la compétence dans la gestion des affaires, la bonne situation financière du client, les garanties de remboursement du crédit et la fiabilité du projet économique à financer, ne sont pas à leur portée.

175. Tout cela se matérialise par l'exclusion des populations profanes (1) des circuits formels de crédit d'une part et de l'autre part les difficultés d'obtention de crédits auxquelles sont confrontées les PME (2).

1. L'exclusion des populations profanes

176. Le législateur à travers la réforme de l'Acte Uniforme sur les sociétés¹⁸⁸ et celui portant sur le droit commercial général, a bien essayé de tenir compte de l'importance du secteur informel dans les économies des États parties.

Cela s'est traduit par l'instauration de nouvelles formes sociétales qui pour leur constitution n'exige pas une immatriculation au RCCM.

Dans ce registre, on pourrait citer la société en participation¹⁸⁹, la société créée de fait (et non la société de fait)¹⁹⁰.

Mais pour bien comprendre la complexité de l'adaptation ou du moins de l'appréhension par le droit OHADA des réalités socio-économique dans la zone OHADA, il faudrait s'en référer à la forme de ces économies et à ceux qui l'animent.

177. En effet, selon les études¹⁹¹ menées la majeure partie des activités économiques pratiquées dans la quasi-totalité des États membres de l'OHADA relève du secteur informel. Pour avancer un chiffre, ce secteur représente par exemple plus de 90% des emplois au Cameroun et 70% au Tchad pour la seule ville de N'Djamena¹⁹².

Malheureusement, ce secteur présente des caractéristiques qui continuent de rendre son appréhension formelle difficile. Il s'agit d'abord de la précarité des conditions d'activité,

¹⁸⁸ A. FÉNÉON, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, *op. cit.*, n° 1945.

¹⁸⁹ V. art. 854 AUDSC.

¹⁹⁰ V. art. 864 et 865 AUDSC.

¹⁹¹ V. S. KWEMO, *op. cit.*, n°211 et s.

¹⁹² V. N. N. MADJIWEI, *op. cit.*, p.208.

ensuite l'objectif de l'auto-emploi, enfin la faible intention à la formalisation des activités et surtout la faiblesse de la formation de la majorité des acteurs de ce secteur.

L'enquête sur le secteur informel a également permis d'observer une faible propension des différents actifs rencontrés à migrer vers le secteur formel¹⁹³.

178. Cette réticence est essentiellement justifiée par le poids de la fiscalité, mais également par deux autres facteurs récurrents que sont le manque de confiance dans une administration publique considérée comme globalement corrompue, et la crainte du chef d'UPI ou de l'auto-employé de perdre sa liberté d'action, du fait d'une régulation administrative lourde et contraignante¹⁹⁴.

Ainsi, les résultats de l'enquête font apparaître que l'entrée dans le secteur informel est généralement volontaire¹⁹⁵.

L'étude du secteur informel camerounais est un exemple particulièrement illustratif de l'informalité en Afrique et principalement dans la majeure partie des États parties à l'OHADA¹⁹⁶ qui d'un État à un autre témoigne d'une certaine similitude dans les caractéristiques de ce secteur¹⁹⁷.

179. Des résultats de cette enquête, nous notons l'importance de l'activité informelle dans les populations africaines. En effet, à Dakar par exemple l'ensemble des ménages tire la presque totalité de leurs revenus de l'exercice d'activité informelle.

180. S'agissant particulièrement de la formation¹⁹⁸ des actifs du secteur informel, les chiffres sont contrastés, mais le bilan global que l'on peut dresser à l'égard du niveau de

¹⁹³ Ibidem, n° 236.

¹⁹⁴ Ibidem, n° 237.

¹⁹⁵ En effet, 30 % des promoteurs justifient leur choix d'exercer dans le secteur informel par la possibilité d'obtenir un meilleur revenu par rapport à un éventuel emploi salarié, tandis que près d'un quart des promoteurs d'UPI considèrent l'exercice de leurs activités dans le secteur informel comme un moyen d'être indépendant. Néanmoins, 35 % des chefs d'UPI déclarent avoir décidé d'exploiter leur unité de production parce qu'ils n'ont pas pu trouver de travail salarié dans le secteur formel.

¹⁹⁶ Entre 2001 et 2003, plusieurs enquêtes sur le secteur informel ont été réalisées dans les principales agglomérations de sept États membres l'OHADA, qui sont également tous membres de l'Union Économique et monétaire Ouest Africaine (UEMOA).

¹⁹⁷ Enquête 1-2-3, phase 2, réalisée dans les principales agglomérations de l'UEMOA, STATECO, 2005, citée par S. KWEMO, *op. cit.*, p. 117, note 504. Ces enquêtes concernaient les agglomérations de Cotonou (ville du Bénin), Ouagadougou (capitale du Burkina Faso), Abidjan (ville de la Côte-d'Ivoire), Bamako (capitale du Mali), Niamey (capitale du Niger), Dakar (capitale du Sénégal) et Lomé (capitale du Togo).

¹⁹⁸ Le Cameroun est un cas paradoxal ; il est d'un côté l'un des pays d'Afrique où le secteur informel contribue le plus à l'insertion dans la vie active (90 % des emplois) et à la production de la richesse nationale (50 % du

formation des opérateurs du secteur informel est particulièrement négatif, dans le sens où la composition du secteur informel en termes d'acteurs est caractérisée par la présence majoritaire de personnes ayant très peu ou pas, d'instruction scolaire. Cette lacune s'agissant de l'instruction scolaire est présente aussi bien chez les salariés que chez les apprentis ou encore chez les chefs d'entreprise eux-mêmes.

181. À ce niveau, nous touchons le cœur du problème relativement à ses populations actives exerçant dans l'informel et relativement profanes ou même carrément analphabètes.

Le constat est que la plupart des acteurs du monde des affaires qui exerce dans l'informel sont donc automatiquement exclu des circuits traditionnels d'obtention de crédit constitués par les banques. La confiance nécessaire à l'obtention du crédit ne peut donc dans cette situation se construire.

Ajouter à cet état de fait la faible pénétration bancaire dans les États membres de l'OHADA, il devient presque invraisemblable, voire illusoire, de demander à des personnes sans compte bancaire de solliciter un crédit en fournissant de lourdes et nombreuses garanties dont elles ignorent généralement l'existence.

182. La question se pose alors de savoir comment ces personnes pourraient avoir accès au crédit sachant à la fois le caractère informel de leur activité et leur ignorance quasi totale des sûretés classiques.

Pour être précis, nous dirons quelles banque ou institution de crédit classique voudrait concéder du crédit à une personne exerçant dans l'informel de surcroît une personne qui est souvent incapable de mesurer la portée d'un engagement écrit qu'il aurait à prendre ?

L'interrogation finale est donc celle de savoir pourquoi l'Acte uniforme sur les sûretés en général et en particulier dans sa partie relative aux sûretés réelles ne tient que négligemment compte de toute cette frange de la population active qui comme nous l'avons montré occupe une place prépondérante dans les économies de la quasi-totalité de tous les États membres.

PIB), et il est de l'autre le pays qui présente un des taux de scolarisation les plus élevés de la population active du secteur informel. La forte informalisation de l'économie camerounaise va donc de pair avec un taux moyen de scolarisation des actifs élevé par rapport aux autres pays membres de l'OHADA.

Il en résulte que les actifs informels de Douala et de Yaoundé ont en moyenne un niveau scolaire deux fois et demie plus élevé que dans les agglomérations ouest-africaines étudiées. En effet, les actifs du secteur informel des villes camerounaises ont un niveau de 8,2 années d'études en moyenne, contre seulement 3,5 années en moyenne dans l'ensemble des villes ouest-africaines.

183. Le problème du débiteur profane n'est que négligemment envisagé par le droit des sûretés OHADA dans sa partie relative aux sûretés réelles. Si le législateur a pris soin de créer et de définir désormais une classe de débiteur professionnel¹⁹⁹, il n'en va pas de même pour le débiteur « profane ». Cette notion apparemment simple n'est habillée cependant d'aucune définition juridique précise²⁰⁰.

Si le législateur en matière de cautionnement a bien essayé de prendre en compte l'ignorance de certaines cautions dites illettrées, en prévoyant des dispositions pour les protéger au mieux, il n'en va pas de même en matière de sûretés réelles.

En effet, presque rien n'a été prévu dans le sens du débiteur illettré, analphabète ou profane si ce n'est quelques réformes formelles allant de l'assouplissement à la suppression de certaines exigences.

184. Un passage en revue des différentes sûretés réelles mobilières et leur mode de constitution nous donne pour la plupart des garanties bien éloignées ou du moins difficilement conciliables avec les réalités des populations.

Ainsi, avec l'AUS adopté en 2010 nous avons des propriétés sûretés telles que la cession de créance, le transfert fiduciaire de somme d'argent, le nantissement de valeurs mobilières, des droits d'associées et comptes de titres financiers voire le nantissement de créance.

Toutes ces sûretés, à peine de nullité²⁰¹ doivent être constituées par écrit. Ce qui suppose que celui ou celle qui veut les utiliser pour obtenir du crédit ait un degré d'instruction ou d'alphabétisme plus ou moins pointu à moins de s'attacher les services de personnes qualifiées.

185. De l'analyse des dispositions de l'article 80 de l'AUS, il ressort que la cession de créance peut se pratiquer que si le créancier est lui-même une personne morale exerçant dans un secteur formellement reconnu comme une banque traditionnelle ou même une IMF.

¹⁹⁹ Selon l'art. 3 de l'AUS « Est considéré comme débiteur professionnel [...], tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ».

²⁰⁰ V. dans ce sens D. POHE, « La caution profane en droit OHADA la balkanisation du droit du cautionnement », in Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de J.P. LABORDE, D., 2015, coll., Études, Mélanges, Travaux, p. 180, n° 53. Il milite pour une Balkanisation des normes applicables en vue d'une plus grande efficacité des garanties du crédit car en l'État actuel ce droit ne sied qu'à une certaine catégorie de personnes.

²⁰¹ V. art. 127, 141, 157, 163

Une double exclusion de certaines catégories de la population découle de cet article, car, nous le constatons l'exercice de la cession de créance à titre de garantie au lieu d'être généralisé ne peut se pratiquer que si le créancier est une personne morale. Quant nous savons qu'en pratique les crédits détenus par les acteurs du secteur informel souffrent d'un certain manque de traçabilité et de familiarité, il convient de se questionner sur la visée réelle de l'institution de cette garantie et de son effectivité.

186. Cette analyse relative à la cession de créance à titre de garantie peut être étendue à d'autres sûretés mobilières, notamment le transfert fiduciaire de somme d'argent. De constitution facile et ouverte en principe à tous, puisque par définition, c'est « (...) *une convention par laquelle le constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* »²⁰², cette garantie s'avère cependant aussi limitée que la cession de créance à titre de garantie. En effet, l'alinéa second de l'article 87 précise et impose, à peine de nullité²⁰³ que les fonds remis à titre de garantie doivent être bloqués²⁰⁴ sur un compte dans un établissement de crédit habilité.

187. Seules donc les personnes morales faisant à titre de profession habituelle des opérations de banque ou de crédit peuvent utiliser cette garantie identiquement à ce qui est imposé dans le cadre d'une cession de créance à titre de garantie. Aucune dérogation n'est d'ailleurs possible puisque l'AUS impose que, d'une part, que l'acte de transfert fiduciaire, sous peine d'être frappé de nullité doit « [...] *déterminer [...] le compte bloqué* »²⁰⁵. D'autre part, l'opposabilité aux tiers du transfert suppose à la fois la notification à l'établissement teneur du compte et surtout que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué.

Ses exigences dans la constitution de ces deux sûretés propriétés démontrent leur orientation vers une certaine catégorie d'acteurs économiques qui sont généralement bien avertis.

²⁰² Cf. art. 87 AUS.

²⁰³ Cf. art. 88 AUS

²⁰⁴ Cf. art. 89 AUS

²⁰⁵ Cf. art. 88 AUS

2. Le difficile accès au crédit des PME et microentreprises

188. Les chiffres sont intraitables. En Afrique, le déficit de financement des PME s'élève à 140 milliards de dollars et seuls 6,4% des PME subsahariennes déclarent avoir eu accès à un financement²⁰⁶.

189. Face au marché du crédit classique, les handicaps des microentreprises sont de divers ordres: la faiblesse des montants des transactions et le caractère imprévisible de ces dernières, l'absence de garanties, l'inexpérience ou l'illettrisme de l'entrepreneur, le caractère non sédentaire de l'activité, l'absence de comptabilité en conformité avec les lois, la difficulté d'accès de l'entrepreneur à l'information économique, la difficulté d'obtenir des informations sur l'entrepreneur en tant qu'emprunteur. De tels obstacles accroissent les risques des fournisseurs de crédit et de non-survie de l'activité, raison des rigueurs du marché. Des systèmes de financement coopératif proches des tontines pourraient donc faire évoluer la situation : il s'agit des institutions de micro finance(IMF). Ce sont les seules institutions formelles qui accordent des microcrédits aux opérateurs du secteur informel.

190. L'analyse du mode de financement de l'acquisition du capital dans le secteur informel a donc montré une prédominance de l'utilisation de l'épargne individuelle²⁰⁷. Tous les autres modes de financement contribuent individuellement de façon marginale. Les tontines, les institutions de micro finance et surtout les banques n'interviennent donc que très faiblement dans le financement du capital productif de l'économie informelle.

191. Finalement, la faiblesse du capital initial et l'impossibilité de l'augmenter par le biais d'un crédit bancaire constituent un frein à l'expansion des activités du secteur informel²⁰⁸. Sans l'aide financière des banques, la majorité de ces opérateurs ne peuvent pas

²⁰⁶ V. <http://news.abidjan.net/h/552663.html>; Égal., interview du président du patronat ivoirien, Jean Kacou DIAGOU qui décrit l'impossibilité pour les petites entreprises d'accéder au crédit bancaire à cause des exigences bancaires. Les pourvoyeurs de crédit octroie plus facilement les prêts aux grandes entreprises qui disposent de garanties plus importantes. En guise de solution, un fonds de garantie est entrain d'être mis en place pour permettre à ces PME/PMI de pouvoir obtenir facilement du crédit. Interview disponible ici : <http://www.fratmat.info/economie/item/2294-si-l%E2%80%99etat-peut-mettre-%C3%A0-leur-disposition-des-plateformes-des-terres-ne-serait-ce-que-pour-les-vivriers-la-c%C3%B4te-d%E2%80%99ivoire-deviendrait-le-grenier-de-l%E2%80%99afrique-tout-enti%C3%A8re-parce-que-tout-pousse-ici-il-y-a-la-zone-foresti%C3%A8re-mais-aussi-la-zone-de-s>, consultée le 11 mai 2013.

²⁰⁷ S. KWEMO, *op. cit.*, n° 346.

²⁰⁸ V. dans ce sens, E. M. KOUMBA, *Droit de l'OHADA, prévenir les difficultés des entreprises, op. cit.*, n° 295 et 296.

avoir accès à des locaux et équipements adaptés à leur tâche; ils ne peuvent pas fabriquer des produits en grande quantité et de bonne qualité ; ils ne peuvent pas embaucher de nouveaux ouvriers ni mettre à la disposition de la clientèle de nouveaux produits et services ; ils ne peuvent pas assurer la répartition de leur production dans des délais rapides ni améliorer la formation de leur personnel. En somme, ces opérateurs ne peuvent pas devenir de véritables entrepreneurs.

L'intérêt de la formalisation de leurs activités pour les opérateurs du secteur informel est donc de pouvoir accéder plus facilement au crédit, car les banques sont moins méfiantes à l'égard des opérateurs du secteur formel. La facilité d'accès au crédit leur permettrait de développer leurs activités.

192. Les banques, principales pourvoyeuses de crédit, préfèrent octroyer le crédit aux grosses firmes et PME solidement implantées, car étant sûres de recouvrer facilement leur créance.

En face d'un particulier, même salarié de la fonction publique ou du secteur privé, elles se montrent réticentes à la fois à cause du caractère précaire des emplois sous nos tropiques, mais surtout à cause du risque qu'elles encourent en cas d'insolvabilité de ces personnes.

Et, lorsqu'elles acceptent de faire un prêt, c'est surtout à court terme et moyennant un taux d'intérêt élevé et des garanties à la fois personnelle et réelle.

Cette attitude des banques vis-à-vis des particuliers même si elle est déplorable se justifie tout de même.

En effet, la plupart des états membres se caractérisent par leur relative instabilité politique et sécuritaire²⁰⁹, ce qui n'est pas forcément gage de confiance en dépit de l'existence de nombreuses sûretés mobilières qui elles-mêmes souffrent de leur caractère parfois exotique.

193. L'analyse du caractère exotique des sûretés réelles va de pair avec celle de la notion d'assouplissement des conditions d'accès au crédit et conduit à déboucher sur le terrain économique.

Ainsi à bien scruter le système, on pourrait croire que toutes les entreprises en droit OHADA réunissent toutes les conditions pour accéder au crédit bancaire.

²⁰⁹ Prenons le cas de la cote d'ivoire qui a connue depuis 1999 de nombreux bouleversement politiques occasionnant des pertes colossales pour les personnes physiques mais surtout morales. Comment alors une banque fera t-elle pour recouvrer une créance garantie par une hypothèque sur un immeuble détruit du fait de la guerre.

En effet, la légèreté des structures des PME. (qui sont mieux adaptées à certains secteurs et répondent à des besoins particuliers et personnalisés de la population - boulangerie, pêche, maraichage, etc.) devrait contribuer à une meilleure adaptation au contexte économique des États membres de l'OHADA.

194. Mais la réalité démontre que la fragilité financière de cette forme sociétaire constitue un handicap sérieux pour les entrepreneurs, notamment quant à l'accès au crédit bancaire²¹⁰.

À ce niveau, le paradoxe se trouve dans le fait que l'investisseur n'est pas prêt prendre le risque d'entreprendre dans une PME qui, le plus souvent, ne dégage pas une rentabilité suffisante pour rémunérer les apports de capitaux. De ce fait, il est obligé de se tourner vers les banques, qui, à leur tour, exigent des garanties sans aucune mesure avec la structure financière de l'entreprise. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant de constater que la fourniture de garanties constitue aujourd'hui le principal frein à l'accès au crédit bancaire. L'un des reproches faits au banquier est l'exigence de garanties excessives. Par ailleurs, cette recherche de sécurité peut se retourner contre les banques dans la mesure où, une politique outrancière de garanties peut compromettre, parfois, à terme, les chances de remboursement du débiteur du fait de la faible rentabilité des activités. C'est pourquoi il est nécessaire d'améliorer les conditions d'accès au crédit en recourant aux garanties les plus accessibles aux clients. Des garanties susceptibles d'être fournies plus facilement compte tenu du moindre coût de constitution.

195. Le problème est d'autant plus grave que, souvent, la couche la plus vivante de la population (les jeunes cadres nouvellement recrutés et les paysans par exemple) ne peut accéder au crédit bancaire parce qu'incapable de fournir certaines garanties jugées sécurisantes par le banquier. D'où le recours persistant au circuit traditionnel pour obtenir du crédit. En effet, les banques commerciales dans les pays membres de l'OHADA (filiales en grande majorité des banques occidentales) traitent surtout avec les grands groupes

²¹⁰ V. interview du président du patronat ivoirien, Jean Kacou DIAGOU qui décrit l'impossibilité pour les petites entreprises d'accéder au crédit bancaire à cause des exigences bancaires. Les pourvoyeurs de crédit octroie plus facilement les prêts aux grandes entreprises qui disposent de garanties plus importantes. En guise de solution, un fonds de garantie est entrain d'être mis en place pour permettre à ces PME/PMI de pouvoir obtenir facilement du crédit. Interview disponible ici : <http://www.fratmat.info/economie/item/2294-si-l%E2%80%99etat-peut-mettre-%C3%A0-leur-disposition-des-plateformes-des-terres-ne-serait-ce-que-pour-les-vivriers-la-c%C3%B4te-d%E2%80%99ivoire-deviendrait-le-grenier-de-l%E2%80%99afrique-tout-enti%C3%A8re-parce-que-tout-pousse-ici-il-y-a-la-zone-foresti%C3%A8re-mais-aussi-la-zone-de-s>

commerciaux et industriels étrangers. De ce fait, leurs méthodes et usages deviennent restrictifs à l'égard de la clientèle locale dont les problèmes de financement vont se trouver assez souvent hors de leur champ d'action. La conséquence d'une telle situation est qu'une frange importante de la population ne peut accéder au crédit bancaire parce que ne répondant pas aux critères définis pour un autre contexte, celui des pays développés²¹¹.

196. Une stratégie visant l'intégration du secteur informel dans l'économie réglementée, suppose une bonne connaissance et une bonne compréhension de ce secteur. Il est donc « *plus sensé d'adapter la loi à la réalité que d'essayer de modifier les comportements* »²¹².

§.2 : Le recours à des voies détournées d'obtention de crédit

197. La faible bancarisation des populations dans les États membres de l'OHADA couplée à la difficile constitution des sûretés mobilières classiques pourrait justifier, cette réalité qui échappe totalement au secteur bancaire et financier officiel. Ces pratiques, fruit de l'initiative privée, populaire ne sont pas véritablement une défiance²¹³ vis-à-vis du système formel et légal, mais plutôt un recours face à leur herméticité.

198. Une présentation de ces circuits dits parallèles d'obtention de crédits (A) mérite d'être faite tout comme celle des garanties indirectes qui connaissent un succès auprès des institutions bancaires classiques (B).

A. Les circuits dits parallèles d'obtention de crédit

199. Il s'agit d'une part des unions de crédits, des tontines (1), et des microcrédits (3) d'autre part des usuriers (2) qui demeurent en dépit des efforts des autorités administratives et politiques dans bon nombre de pays africains.

²¹¹ V. dans ce sens M. SALL, *Les garanties du crédit bancaire au Sénégal*, th., Bordeaux I, 1993, p. 317 et s., qui pointent l'inadaptation du système bancaire importé au Sénégal qui empêche ou réduit à la portion congrue la possibilité d'accès des nationaux aux crédits bancaires.

²¹² Hemando DE SOTO, *L'autre sentier : la révolution informelle dans le tiers monde*, p. 154, cité par S. KWEMO, *op. cit.*, n° 60.

²¹³ V. pour contraire M. SALL, *op. cit.*, p. 246 et s.

1. Les unions de crédits et les tontines

200. Ce sont des structures à cheval entre la société et l'association²¹⁴. Elles sont fondées sur le principe de la solidarité et l'assistance mutuelle. Alors que l'épargne associative est toujours conçue pour financer des projets d'investissements collectifs, la tontine, quant à elle, sert plutôt à financer un besoin individuel. C'est cette différence qui explique, en partie, le grand dynamisme des associations villageoises d'épargne.

201. En effet, celles-ci proposent aujourd'hui un financement adapté aux projets de développement ruraux initiés par leurs membres, sans recourir au système bancaire classique. Cette fonction sociale contribue aussi à distinguer l'épargne associative de l'épargne tontinière. C'est ainsi que si dans la seconde l'individu est libre d'y adhérer et de la quitter quand il désire, dans la première, par contre, l'adhésion est, dans une certaine mesure forcée. Quoiqu'il en soit, force est de reconnaître que cette épargne associative permet aujourd'hui de financer un très grand nombre de projets villageois boudés par les banques pour leur non-rentabilité. Mais en même temps, elle permet de pallier la carence de l'État dans le domaine des investissements collectifs.

202. L'union de crédit proprement dite, en tant qu'organisme d'entraide basé sur une philosophie mutualiste, elle octroie des crédits à ses adhérents à l'aide des dépôts qu'ils y effectuent, généralement sans procédure particulière. La seule condition exigée du bénéficiaire du crédit est de payer aussitôt l'intérêt exigé qui est généralement très faible. Cet intérêt trouve sa justification dans le souci d'éviter un recours abusif des adhérents à l'endettement auprès de l'union. Assez souvent d'ailleurs, la désignation du bénéficiaire se fait en fonction d'un calendrier préétabli qui obéit à un principe rotatif entre tous les adhérents. Toutefois, l'ordre de priorité ainsi défini peut être rompu si le caractère urgent ou prioritaire d'une opération projetée est reconnu par la majorité des membres présents à la réunion. Ce qui est remarquable dans ce système, c'est qu'aucune garantie n'est exigée dans la mesure où l'union s'organise autour d'une famille (entendue au sens africain du terme) qui peut regrouper plusieurs dizaines de personnes.

²¹⁴ E. M. KOUMBA, *Droit de l'OHADA, prévenir les difficultés des entreprises*, op. cit., n° 298.

203. Quant aux tontines, il est extrêmement difficile de décrire un modèle qui résumerait la multiplicité des formes existantes. Néanmoins, on peut tenter un descriptif suivant le mode de fonctionnement et le nombre d'adhérents²¹⁵.

La tontine est un mécanisme financier fondé sur l'épargne et les cotisations de ses membres, en vue de consentir à l'un d'eux moyennant un remboursement par rotation.

C'est ainsi que certaines tontines ressemblent à des sociétés en nom collectif, société anonyme ou des SARL.

204. La survivance de ces systèmes trouve ses explications dans l'impossibilité pour ces populations d'obtenir aisément du crédit à travers les circuits modernes.

Elles préfèrent donc ces voies traditionnelles, essentiellement basées sur les liens amicaux ou familiaux. Ce recours vers ces circuits informels et traditionnels traduit à la fois l'inadaptation du système bancaire aux réalités économiques et sociales. C'est aussi l'échec des sûretés traditionnelles dans leur rôle de protection du créancier et de renforcement du crédit du débiteur.

2. Les usuriers

205. Certaines pratiques de type associatif ou sociétaire peuvent servir de système de prêts aux particuliers suivant des méthodes souvent douteuses.

En effet, dans la plupart des États membres de l'OHADA, rares sont les particuliers capables de présenter des garanties de remboursement suffisantes pour obtenir du crédit des banques.

En outre, certains salariés déjà fortement endettés auprès de celles-ci sont obligés de recourir à d'autres méthodes d'obtention de crédit. Cette situation a permis à quelques particuliers assez fortunés de se transformer en « banquier d'occasion »²¹⁶.

Le développement et la persistance de cette pratique s'expliquent aussi par le fait que les banques n'octroient pas assez de crédit en général aux particuliers, mais surtout parce que ces établissements pratiquent que très faiblement le crédit d'équipement.

En outre, sociologiquement parlant, les populations africaines en général ont encore des préjugés défavorables du système bancaire qui expliquent leur réticence à les solliciter même s'ils en ont les capacités.

²¹⁵ V. à ce propos, M. SALL, *op. cit.*, p. 247 et s.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 253.

La peur de perdre ses biens en cas d'incapacité de remboursement du crédit et ses mauvaises répercussions sur l'opinion et son entourage constitue une obsession permanente du potentiel « petit » emprunteur. Le phénomène des usuriers constitue en tout cas une réalité vivante qui perdure malgré toutes les campagnes de sensibilisation. Ceux-ci sont implantés aussi bien en milieu urbain que rural.

Tout leur système repose sur une clientèle qui paie son crédit à un taux largement supérieur à la normale. L'usurier étant en réalité un « marchand d'argent »²¹⁷.

En milieu rural, l'usurier bénéficie d'une situation de fait favorable²¹⁸ et d'un monopole de fait, du généralement à l'inexistence de banques.

Raison pour laquelle ces usuriers se contentent de garanties minimales, voire inexistantes, contrairement aux banques.

Et ce crédit, malgré sa cherté, demeure la source de financement la plus importante en campagne parce que d'autres choix ne s'offrent à ses populations.

206. En ville, le phénomène des usuriers revêt d'autres caractères et une plus grande ampleur. En effet, dans les zones urbaines, le client solvable a la possibilité de choisir entre plusieurs institutions bancaires ou financières, pourvu qu'il présente des garanties permettant d'assurer le remboursement du prêt. Mais généralement, le crédit qu'il peut obtenir du banquier est limité, d'où le recours fréquent à d'autres sources de financement informelles.

Une distinction est cependant à faire au niveau de la clientèle de l'usurier urbain constituée d'un côté des particuliers qui ne disposent pas de garanties suffisantes pour obtenir du crédit des banques, et de l'autre en majorité de commerçants et d'entrepreneurs à la recherche d'argent en complément du crédit bancaire.

207. La persistance du système usurier conduit à faire au moins deux observations :

- L'inexistence des pratiques informelles de prêt démontre les dangers d'une transposition d'un modèle bancaire conçu pour les pays développés. Compte tenu de la

²¹⁷ V. M. SALL, *op. cit.* p. 256, qui précise que contrairement au banquier qui exige des garanties pour couvrir le risque de non paiement, l'usurier fixe un taux prohibitif qui couvre à la fois le bénéfice et le coût du fonds exploité.

²¹⁸ Comme le dit DANIEL CISSÉ, cité par M. SALL, *op. cit.*, p. 254, « les traitants maures, dioulas ou libano-syriens sont mieux placés que les banques parce qu'ils connaissent mieux le milieu rural ; ils peuvent contrôler l'utilisation des crédits alloués puisqu'ils font une avance non pas toujours en espèce, mais souvent en biens d'importation. Connaissant le pays, étant reconnus par les chefs locaux, ils courent moins de risques de non paiement ». DANIEL CISSÉ, *Le Crédit dans l'économie africaine. Essai d'analyse de la distribution du crédit bancaire et ses enseignements*. Th., paris, 1972, p. 145.

structure commerciale et bancaire actuelle, il sera extrêmement difficile de faire disparaître ces pratiques. Les banques doivent s'adapter aux réalités locales et se rappeler que c'est parce que les conditions d'accès au crédit sont trop sévères que l'usure continue à prospérer.

- La seconde remarque concerne le rôle de l'État. En effet, la réglementation de l'usure est une nécessité pour la maîtrise de la politique du crédit et, en tant que telle, elle participe à la protection de l'ordre public, économique et financier.

208. La fin de ces procédés informels et le développement du crédit favorisé par l'usage de garanties formelles, supposent en amont d'effectuer un travail d'éradication de leurs sources.

3. Le développement du microcrédit

209. Les microentreprises du secteur informel sont des acteurs importants dans le développement des économies africaines. Or leur développement passe par l'accès au crédit, et le microcrédit, par sa fonction socio-économique, répond à ce besoin .

210. Le microcrédit a une existence ancienne, il s'est toujours pratiqué dans les sociétés africaines et repose sur la solidarité familiale et l'entraide sociale. Il avait donc un caractère informel. Mais les besoins financiers de plus en plus nombreux éprouvés par les opérateurs qui se livrent au petit commerce et par les artisans expliquent que soit devenu courant le recours à des structures plus ou moins élaborées appelées tontines²¹⁹.

Le mécanisme de la tontine²²⁰ ne répondant plus de manière optimale aux besoins financiers croissants des populations marginalisées par le système financier classique, faute de répondre aux conditions exigées dans ce cadre, les gouvernements africains²²¹, dans les années quatre-vingt, ont mis en place des structures formelles de microcrédit pour leur venir en aide : les institutions de micro finance (IMF).

²¹⁹ I. ADJAGBA -ICHOLA, « Aspects socio-économiques du microcrédit », 3^e colloque de l'Association du notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique, le rôle du notaire au service du développement dans une économie de marché, p. 134.

²²⁰ La tontine est un mécanisme financier fondé sur l'épargne solidaire et les cotisations de ses membres, en vue de consentir à l'un d'eux des prêts moyennant un remboursement par rotation.

²²¹ sous la pression des partenaires au développement et partant de l'expérience réussie de la Grameen Bank au Bangladesh (en moins de dix ans, un tiers des clients de cette banque est parvenu à sortir de la pauvreté),

211. La micro finance se définit par l'offre de services financiers (épargne, crédit, assurance, etc.) à destination des plus pauvres. Elle s'adresse à des personnes à faible revenu n'ayant pas accès aux institutions financières classiques, et sans activités salariales régulières²²².

Le microcrédit, qui est une composante de la micro finance se traduit par des prêts de sommes de faibles montants, et selon des formalités simplifiées, à des personnes démunies, en vue de leur permettre de démarrer une petite activité génératrice de revenus (une micro entreprise)²²³. Le crédit peut donc se définir comme l'ensemble des dispositifs formels permettant d'offrir de petits crédits à des familles pauvres et à des microentreprises, lesquelles sont généralement exclues du circuit bancaire classique, pour aider à conduire des activités productives ou génératrices de revenus²²⁴.

Ainsi, le microcrédit est un concept plus restreint que le concept de micro finance, car la micro finance englobe d'autres services financiers que le crédit tel que le transfert d'argent, l'assurance, etc.

212. Quatre traits distinctifs du microcrédit peuvent être retenus de cette définition²²⁵:

- la première caractéristique est (comme son nom l'indique) la taille du crédit. Il s'agit d'un petit crédit, d'un montant peu élevé, sensiblement inférieur aux niveaux planchers des prêts qu'une banque peut accorder à un ménage ou à une micro entreprise. Sur le plan financier, cela soulève un certain nombre de problèmes, liés notamment au coût de gestion d'un tel crédit par rapport aux revenus qu'il peut générer pour le prêteur ;
- le microcrédit est sollicité par des personnes à faible revenu, le plus souvent des femmes qui sont exclues du système bancaire classique. C'est pourquoi il est souvent considéré comme « un crédit pour les pauvres » ;
- le microcrédit peut être demandé pour toutes sortes de raisons, mais il l'est principalement pour développer une activité génératrice de revenus. C'est sous cet aspect que le microcrédit est considéré comme un moyen de lutter contre la pauvreté ;

²²² V. I. ADJAGBA- ICHOLA, *op. cit.*, p. 134.

²²³ *Idem.*

²²⁴ J.-M. VIANNEY NYIRIHIMIGO, « Les aspects financiers du microcrédit », 3^e colloque de l'Association. du Notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique ..., *op. cit.*, p. 153.

²²⁵ *Ibidem*, p. 154.

- le microcrédit est un crédit offert par des structures généralement distinctes des institutions financières classiques, tant dans leur financement, leur fonctionnement que dans leur finalité. Ces institutions sont de statuts juridiques différents (fondations, ONG, coopératives d'épargne et de crédit, banques publiques, sociétés anonymes) et leurs objectifs, les systèmes de gouvernance, les critères d'évaluation de leurs performances peuvent différer fortement.

213. Du point de vue des bénéficiaires des microcrédits, en milieu urbain, ce sont principalement des petits entrepreneurs hommes et femmes exerçant une activité génératrice de revenus et quelquefois des salariés du secteur structuré ne remplissant pas certaines conditions d'ouverture d'un compte bancaire²²⁶. En milieu rural, c'est quasiment toute personne capable (et désireuse) d'entreprendre une activité génératrice de revenus (petit commerce, transformation des produits alimentaires, etc.). Certaines IMF ou programmes de microcrédit s'adressent à des catégories spécifiques de population, en particulier les femmes (ou les jeunes, les artisans, les commerçants, etc.)²²⁷.

Pour les bénéficiaires de microcrédits, il est un souci qui se rapporte à la rentabilité des projets financés. Les crédits doivent être accordés en faveur des projets générateurs de revenus, être suffisamment rentables pour couvrir le niveau de taux d'intérêt généralement élevé et permettre l'accumulation du capital, car sans cela, le bénéficiaire sera un éternel emprunteur jusqu'à ce qu'il soit défaillant.

214. En pratique, les IMF utilisent des techniques de prêt différentes de celles des banques commerciales classiques. En outre, elles ont une préférence pour les sûretés personnelles, plutôt que pour les sûretés réelles²²⁸.

En effet, dans le but de s'assurer le remboursement du prêt et d'alléger le poids de la dette, la plupart des IMF accordent des prêts collectifs à des groupes solidaires de trois à cinq personnes, chacune garantissant en quelque sorte l'emprunt de l'autre, selon une formule pratiquée dans le monde entier par certains groupes d'épargne et de crédit informel. Le prêt est consenti à l'ensemble du groupe, à charge pour ses membres de le répartir entre eux et d'en assumer collectivement la gestion. Il en résulte que les IMF privilégient les garanties personnelles, notamment le cautionnement, plutôt que les garanties réelles.

²²⁶ Par exemple l'exigence d'un dépôt minimum.

²²⁷ J.-M. VIANNEY NYIRIHIMIGO, *op. cit.*, p. 159.

²²⁸ V. S. KWEMO, *op. cit.*, n° 842.

215. Cette préférence s'explique par le fait que le législateur de l'OHADA a opéré des simplifications en matière de sûretés personnelles, qui semblent témoigner d'une prise en compte du secteur informel, et expliquent l'intérêt des IMF pour ce type de sûreté.

216. En effet, l'une des innovations majeures en droit des sûretés de l'OHADA réside dans la consécration du principe de la solidarité en matière de cautionnement. L'AUS dispose ainsi en son article 10 que « *le cautionnement est réputé solidaire. Il est simple lorsqu'il en est ainsi décidé, expressément, par la loi de chaque État partie ou la convention des parties* ». L'article 15 de l'AUS indique les conséquences de ce principe de solidarité notamment le fait que « *la caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire* ».

En d'autres termes, ce principe de la solidarité permet aux IMF de poursuivre, en cas de besoin, la caution de leur choix, en paiement de la totalité la dette de leur débiteur. La caution choisie sera tenue de payer, et elle pourra ensuite se retourner contre les autres coobligés²²⁹. Cette disposition renforce davantage la sécurité des IMF et enlève du même coup à la caution deux prérogatives dont elle pouvait jouir à savoir le bénéfice de la discussion et celui de la division.

217. L'admission par le législateur de l'OHADA de la caution illettrée est une autre innovation majeure en droit des sûretés. L'article 4, alinéa 3 de l'AUS dispose en effet que « *la caution qui ne sait ou ne peut écrire doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés* ».

Cette disposition renforce l'intérêt du recours aux sûretés personnelles pour les IMF, car de nombreux opérateurs du secteur informel sont illettrés, ce qui ne les empêchera pas pour autant de se porter caution.

B. Un attrait renforcé pour les garanties indirectes

218. La plupart des contrats de prêt conclus entre un établissement bancaire, et un débiteur, dans le cadre de son activité professionnelle, contiennent désormais des clauses imposant au débiteur certains engagements « de faire » ou « de ne pas faire ».

²²⁹ J. MOUMI DE BAKONDI, « Banques, crédits et dispositifs sécuritaires du droit de l'OHADA », L'effectivité du droit OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006, p. 177.

Ces stipulations ont un rôle souvent essentiel. Elles sont parfois qualifiées de « Sûretés négatives »²³⁰ ou de « garanties indirectes »²³¹. Mais la terminologie de « garanties indirectes » est plus vaste et inclue d'autres techniques bancaires.

219. Si l'on classe généralement les « sûretés négatives » parmi les « garanties indirectes », elles n'en constituent qu'un des aspects²³². Ces clauses imposées par la pratique bancaire dans les contrats de prêt sont très diversifiées (1) et elles ont un impact positif sur l'efficacité des sûretés réelles consacrées (2).

1. La nature diversifiée des garanties indirectes

220. Il peut s'agir des sûretés négatives (a) et d'autres garanties tirées du droit des obligations (b).

a. Les « sûretés négatives »

221. La notion de sécurité négative : « Les sûretés négatives sont des techniques de garantie qui confèrent à leur titulaire la faculté d'interdire au débiteur de disposer de certains droits réels ou de contracter des engagements personnels sans son accord ou tout le moins sans l'en informer »²³³.

222. L'expression « sûretés négatives » est une appellation officieuse que la doctrine utilise pour embrasser diverses formules contractuelles restreignant la liberté d'action du débiteur ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de

²³⁰ V. Y. CHAPUT, « Les sûretés négatives », *Annales Faculté Droit Clermont*, 1974, fasc. 11, p. 165 et s.

²³¹ M. VASSEUR, « Les garanties indirectes du banquier », colloques de Deauville, *Rev. jur. com.* février 1982, p. 104-120.

²³² M. VASSEUR, *op. cit.*, p. 104-120 : Les « garanties indirectes » regroupent :

- des moyens essentiellement préventifs : les engagements de faire ou de ne pas faire.
- des techniques bancaires à base de compensation et la compensation elle-même.
- des procédés grâce auxquels le banquier se ménage la possibilité d'obtenir son paiement d'une autre personne que le débiteur : Stipulation pour autrui et délégation.
- la cession de créance à titre de garantie : Loi DAILLY du 2 janvier 1981.

²³³ Définition donnée par Ph. PASTAUD, *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, th., 1979, université de Limoges, p. 220.

paiement²³⁴. Les sûretés négatives sont surtout utilisées par les établissements de crédit qui y recourent largement. Dans le cadre de cette étude, il convient donc, avant tout développement sur la réelle efficacité de ces « sûretés négatives » de les définir.

223. Une définition de ces sûretés négatives a été recherchée : de façon restrictive, ce serait un engagement pris par le débiteur de ne pas constituer de sûretés en faveur d'un tiers. Mais une définition plus extensive traduirait mieux la diversité des clauses rencontrées.

224. On a pu écrire que par les sûretés négatives : « Le débiteur s'interdit de disposer de certains droits réels ou de contracter des engagements personnels sans l'accord de son créancier, ou, à tout le moins, sans l'en informer ».

Le but de ces clauses est, en fait de protéger le bénéficiaire contre les changements touchant la composition du patrimoine du débiteur :

Certaines cherchent à assurer la stabilité de la composition du patrimoine en empêchant la diminution en valeur ou en nature des éléments de l'actif et de l'augmentation du passif.

Les autres ne créent à la charge du débiteur qu'une obligation de renseignement vis-à-vis du créancier.

225. Ces moyens préventifs se ramènent tous à des engagements de faire ou de ne pas faire. Leur non-respect est en principe sanctionné par la déchéance du terme et le remboursement anticipé du crédit. En contrepartie, ces clauses présentent l'inconvénient d'insérer l'entreprise dans un carcan d'obligations qui vont « l'étouffer », et exposent le banquier au reproche de s'ingérer dans la vie de l'entreprise.

226. On peut se demander si ces clauses sont compatibles avec la définition classique des sûretés, car elles n'entrent pas facilement dans la classification sûretés personnelles - sûretés réelles. Cependant, assez rapidement une distinction apparaît entre ces différentes clauses : certaines interdisent au débiteur de disposer d'un droit sans l'accord du créancier, d'autres lui imposent un devoir d'information vis-à-vis de ce même créancier.

²³⁴ V. Y CHAPUT, *Les sûretés négatives*, Annales Faculté Droit Clermont, 1974, fasc. 11, p. 167 et s ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Lexisnexus, 7^e éd., 2014, n° 27 ; V. *Les garanties du financement*, 82^e congrès des notaires de France, Nice 4-7 mai 1986, p. 473 et s.

227. Leur finalité est sans équivoque, protéger le créancier de l'insolvabilité du débiteur en limitant ses possibilités de modifier la consistance de son patrimoine ou en limitant sa possibilité d'abuser de ce droit.

À la différence des sûretés réelles traditionnelles ou classiques, elles sont plus des garanties complémentaires que des garanties de paiement. Le créancier à travers l'insertion de ces clauses veut éviter la concurrence. Comme le souligne Yves CHAPUT : « *De la négation de droits concurrents naît une garantie* »²³⁵

228. Si pour certains ces garanties ne pourraient être pleinement qualifiées de sûretés²³⁶ parce qu'elles n'en ont pas les attributs pour d'autre au contraire nonobstant cette insuffisance « leur particularisme n'est peut être pas compatible avec la définition classique des sûretés réelles ou personnelles, mais si l'on définit ces dernières comme des garanties fournies pour l'exécution d'une obligation, les sûretés négatives, à l'instar des techniques de protection plus classiques, créent des droits accessoires au profit des créanciers qui s'adjoignent à un droit principal pour mieux assurer l'exécution »²³⁷.

229. En pratique, le prêteur qui a recours aux sûretés négatives peut choisir ou même associer deux types de prérogatives. Certaines d'entre elles sont contraignantes pour le débiteur, d'autres par contre lui laissent assez de marge de manœuvre quant à l'utilité de son ou ses biens²³⁸. Dans un cas comme dans l'autre, l'intention du prêteur est la même : se prémunir des difficultés rencontrées par l'emprunteur. Pour ce faire, les sûretés négatives présentent incontestablement un avantage : ce sont des techniques de garanties souples.

²³⁵ Y. CHAPUT, « Les sûretés négatives », *op. cit.*, p. 166 à 195.

²³⁶ M. SALL, *op. cit.*, p175et s, qui soutient qu'il n'y a véritablement pas de négation des droits concurrents dans la mesure où malgré l'existence de la sûreté, le débiteur peut constituer valablement d'autres sûretés au profit de ses créanciers. En outre, la garantie du créancier n'est véritable et efficace que si le débiteur qui l'a consentie est honnête, c'est-à-dire s'il respecte ses engagements. De surcroit pour lui cette qualification de sûreté négative découlant des obligations de ne pas faire imposées par le créancier au débiteur, est inexacte en partie, notamment parce que le créancier peut aussi faire peser sur le débiteur des obligations de faire.

²³⁷ Ph. PASTAUD, *op. cit.*, p 220.

²³⁸ Il lui sera par exemple interdit, sauf accord du créancier, de modifier la valeur de son patrimoine en le grevant de sûretés réelles ou en l'aliénant. Le créancier peut aussi ne pas exiger à son débiteur le maintien d'une certaine surface financière mais il lui demandera de le tenir informer si un tel maintien ne pouvait être assuré.

230. En effet, leur constitution est simple puisqu'elle ne requiert aucune formalité. Il suffit d'une clause stipulée dans le contrat de prêt. De plus, leur accessibilité est grande puisqu'elles n'imposent pas de sujétions exorbitantes et ne coûtent rien au débiteur²³⁹.

Si le recours à ces techniques par le créancier titulaire de sûreté réelle traditionnelle se justifie²⁴⁰ pleinement au regard du sort qui leur est réservé, il n'en demeure pas moins que ces sûretés sont assez méconnues, voire ignorées.

Si certaines d'entre elles confèrent à leur titulaire un droit de veto ou d'intervention (α), d'autres sont plutôt génératrices d'un droit de regard au profit du créancier qui en est titulaire (β).

α . Les sûretés négatives conférant un droit de veto ou d'intervention

231. Le plus souvent, les sûretés négatives consistent en des interdictions. L'emprunteur en garantie de la dette s'engage à ne pas faire pour conserver toute sa valeur au droit de gage général du prêteur.

C'est ainsi qu'il accepte de ne pas vendre certains de ses biens immobiliers ou à ne pas les grever d'hypothèques. Il peut également promettre de ne pas prendre à sa charge d'engagements nouveaux, par exemple ceux de devenir caution ou de demander de nouveaux crédits.

232. Dans toutes ces hypothèses, l'interdiction faite au débiteur peut être cependant levée par le créancier si cela ne lui semble pas trop risqué. La sûreté confère donc en réalité à son titulaire un véritable droit de veto puisqu'il peut, de façon discrétionnaire, lever ou maintenir l'effet des interdictions stipulées. La nature de ces effets doit d'ailleurs être précisée.

Ce qui importe de préciser, c'est que les prohibitions aménagées par les sûretés ne s'imposent qu'aux parties et aux ayant- causes à titre particulier du débiteur. Cette affirmation découle de ce que la sûreté négative ne dote son titulaire que d'un simple droit personnel et non pas d'un droit réel opposable à tous.

²³⁹ Différence avec la garantie hypothécaire conventionnelle où le débiteur doit supporter les frais de notaire et d'enregistrement de l'acte. Comp. Aussi avec la réserve de propriété art. 72 et s. AUS.

²⁴⁰ L'incapacité des sûretés traditionnelles à préserver efficacement la créance du créancier nanti l'obligeant à recourir à ces techniques pour améliorer ou augmenter sa sécurité.

233. Quel que soit le procédé adopté, le banquier devra exercer une surveillance étroite sur son client pour faire respecter les engagements souscrits. C'est pourquoi, généralement, les clauses contractuelles prévoient une obligation d'information du créancier par le débiteur souscripteur ;

β. Le droit d'information ou de regard

234. En droit, non seulement le débiteur n'est pas tenu d'informer ses créanciers, mais aussi une telle obligation pourrait heurter le principe du secret des affaires. Or, avant tout octroi de crédit, le banquier doit envisager l'avenir financier du client après une étude approfondie de sa situation patrimoniale. Cet examen sera d'autant plus poussé que, souvent, le crédit est important et la durée longue.

235. Mais une fois le prêt accordé, la banque doit pouvoir suivre l'évolution de la situation de l'emprunteur, d'où l'intérêt d'un système conventionnel lui conférant un droit de regard sur les affaires du débiteur.

L'accord conclu entre le banquier et le débiteur met généralement à la charge de ce dernier une obligation positive d'information. Celui-ci s'engage, en effet, à prévenir la banque pour l'accomplissement de certaines opérations²⁴¹. Généralement, il s'agit d'une obligation permanente qui ne prendra fin qu'après remboursement total du prêt. De toute façon, la banque est mise au courant et ne restera pas inactive pour sauvegarder ses droits.

Mais s'il est vrai que le banquier a un intérêt légitime à s'assurer une meilleure protection en vue de se faire rembourser sa créance, le débiteur n'en restera pas moins digne des mêmes égards. C'est pourquoi il faut s'interroger sur la validité des clauses contractuelles et, au-delà, sur leur portée réelle tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.

b. Les autres techniques de garanties tirées du régime général des obligations

236. Plusieurs mécanismes de garantie de paiement pourraient être cités, mais dans le cadre de notre étude nous nous limiterons à la présentation succincte de celles qui sont les

²⁴¹ Par exemple « à répondre à toute demande de renseignement ou d'investigation que la banque jugera nécessaire ».

plus usitées et qui ont de plus grandes similitudes avec les sûretés réelles classiques dans la préservation des intérêts des différentes parties au crédit.

237. En théorie, un créancier impayé n'a aucun droit contre des tiers, même s'ils sont la cause du débiteur insolvable ou récalcitrant. Mais il y a de nombreuses exceptions à ce principe. À la seule qualité de créancier sont attachés des moyens d'action contre certains tiers. Ainsi, au titre de son droit de gage général, le créancier peut agir contre les débiteurs de son débiteur, puisque les créances correspondantes font partie du patrimoine de celui-ci. Plusieurs types d'actions existent : l'action oblique, l'action paulienne et d'une autre nature, l'action directe qui, contrairement aux deux autres, ne constitue pas un moyen de protection général offert à tout créancier, mais un privilège spécialement conféré à quelques-uns. En effet, grâce à l'action directe, dont l'antonyme juridique est l'action oblique, le créancier peut exercer le droit de son débiteur, avec ses accessoires et ses limites, ainsi qu'un droit propre.

238. L'action directe permet donc au créancier de poursuivre directement en son propre nom et pour son propre compte le débiteur de son débiteur (appelé alors sous débiteur), afin d'obtenir le recouvrement de sa créance, dans des cas déterminés et au profit de certains créanciers. Le créancier, en agissant directement contre le sous-débiteur, invoque à son encontre les termes d'un contrat à la formation duquel il n'a nullement participé, allant de ce fait à l'encontre de la règle générale fixée à l'article 1165 du Code civil. C'est sans doute par ce paradoxe, portant atteinte au principe fondamental de relativité des conventions que l'action directe est qualifiée d'« *institution curieuse, mal définie et presque inquiétante* »²⁴².

Elle déroge également au principe fondamental de l'égalité des créanciers, du fait de l'exclusivité reconnue à la victime sur l'indemnité d'assurance immobilisée à son profit, dès la survenance du dommage. On peut dire que cette affectation de l'indemnité à la victime constitue un état de fait dû à l'existence du tiers lésé, qui devient un état de droit par la volonté de la loi, au nom de la double finalité sociale de protection de la victime et de l'assuré. L'action directe ne constitue pas, en réalité, une dérogation au principe de la relativité des conventions. En effet, ce principe ne s'opposerait pas à ce qu'une action soit exercée par un créancier contre le débiteur de son débiteur en dehors de tout texte légal, dès lors que le débiteur intermédiaire lui aurait volontairement alloué cette action directe, en

²⁴² J.-F. CARLOT, L'action directe de la victime contre l'assureur du responsable, www.iurisques.com.

dehors même des conditions d'une stipulation pour autrui. Le principe de l'autonomie devrait, selon nous, permettre un tel mécanisme²⁴³.

239. Il existe différents types d'actions directes : d'une part, les actions directes sans immobilisation préalable de la créance dont les actions directes spéciales (l'action directe du bailleur contre le sous-locataire et l'action directe de l'ouvrier contre le maître de l'ouvrage), et les actions directes générales (l'action directe des hôpitaux contre les débiteurs des malades hospitalisés et la procédure d'avis à tiers détenteur) ; d'autre part, les actions directes avec immobilisation immédiate de la créance à savoir, les actions directes du droit des assurances, en matière de gage sur créance, et ce qu'il est convenu d'appeler les autres actions directes. Les actions directes témoignent donc d'une certaine diversité. On les retrouve dans les domaines du droit les plus divers. De plus, chacune semble suivre un régime qui lui est propre et réaliser des buts techniques distincts. La première impression est donc celle d'une dispersion, d'un mélange hétéroclite d'éléments étrangers les uns aux autres. Ce qui est indispensable, c'est de clarifier cet ensemble qui peut paraître incohérent, en regroupant les éléments par affinité. C'est ainsi que M. PLANCQUEEL a distingué dans sa thèse portant sur la Contribution à l'étude des actions directes²⁴⁴, ce qu'il a appelé les actions directes parfaites (bloquent la créance intermédiaire dès sa naissance) et les actions directes imparfaites (elles ne permettent pas l'immobilisation de la créance du débiteur intermédiaire contre le sous-débiteur avant que le créancier n'ait exercé ses poursuites).

240. Toutes les actions directes, à priori, concilient l'exercice d'un droit propre conféré au créancier et d'un droit dérivé du rapport d'obligation qui unit ce créancier au débiteur intermédiaire, et surtout du lien qui existe entre ce dernier et le sous-débiteur. Ainsi, la Cour de cassation, en 1931, estimait que les déchéances prévues au contrat d'assurance étaient inopposables à la victime en précisant que le législateur « a créé au profit de la personne lésée par un accident un droit propre sur l'indemnité dont (en vertu du contrat d'assurance) l'assureur est tenu envers l'assuré »²⁴⁵. Cette conciliation régit l'ensemble du régime de l'action directe.

²⁴³ V. A. S. YANSOUNOU, *op. cit.*, n° 546.

²⁴⁴ A. PLANCQUEEL, *Contribution à l'étude des actions directes*, th., Lille, 1935, citée par A. YANSOUNOU, *op. cit.*, n° 549.

²⁴⁵ Cass. civ., 15 juin 1931, Rev. gen. ass. terr., 1931, p.801, obs. Picard ; Cass. civ., 29 juillet 1931, Rev. gen. ass. terr., 1931, p.1015.

241. Du latin *compensatio* (peser pour comparer), la compensation intervient entre deux personnes, réciproquement débitrices et créancières l'une envers l'autre, en vue d'éteindre simultanément les deux obligations. La compensation est, avant tout, un mécanisme de paiement qui prend sa source dans *l'exceptio doli* du droit romain qui permettait à la victime du dol de s'opposer, à proportion de son dol, à l'action en paiement de l'auteur de son dol. Le droit français, bien que fortement influencé par le droit romain²⁴⁶, n'a pas consacré le principe d'une compensation judiciaire. Le Code civil a consacré une compensation²⁴⁷ jouant « de plein droit ». C'est essentiellement un procédé de paiement²⁴⁸.

²⁴⁶ Dans le droit romain, il faut rappeler que la compensation n'est apparue que très graduellement. Elle n'a tout d'abord été que conventionnelle. Il fallait prévoir, dans les contrats conclus entre personnes en relation d'affaires, la volonté des parties de pouvoir ainsi éteindre leurs obligations respectives. Lorsqu'à Rome s'est développée la procédure formulaire, il a été possible d'insérer dans la formule des exceptions, ce qui pouvait permettre au juge de compenser les créances réciproques de deux plaideurs. Il ne s'agissait pas d'une notion générale, l'exception de compensation n'existait que dans des cas précis et son application était différente. Parfois, il fallait que les deux obligations soient nées du même rapport obligatoire, parfois cela n'était pas nécessaire. Il s'agissait, en outre, d'une exception en justice, le juge n'était jamais obligé de compenser la créance et la dette. L'évolution du droit romain, avec l'apparition de la procédure extraordinaire, a conduit à un développement de la compensation comme une institution unitaire, et la compensation pouvait jouer même si les dettes ne provenaient pas de la même obligation, si elles n'étaient pas « ex eadem causa ». Sous Justinien, il sera dit que la compensation intervient « ipso jure », ce qui, semble-t-il, voulait signifier que le demandeur peut toujours demander le paiement de sa créance pour tout ce qui demeure dû après qu'ait été effectuée la compensation. Il ne semble pas que Justinien ait voulu dire que la compensation s'opérait de plein droit. Il apparaîtra, d'ailleurs, qu'elle pouvait être conventionnelle. Le droit romain avait donc créé une compensation judiciaire. C'était une exception que le défendeur pouvait opposer à son créancier. Il appartenait au juge de décider si les deux obligations remplissaient les conditions qui pouvaient lui permettre de décider que la compensation devait avoir lieu. Le juge devait décider ou non de l'application de la compensation. La compensation judiciaire est reconnue aujourd'hui dans les pays de Common Law. Il n'est pas surprenant que les anglais aient eu une conception judiciaire de la compensation. À Rome comme en Angleterre, c'est par la procédure que sont apparues et que se sont développées les institutions. En Angleterre, la compensation est donc une technique purement procédurale. Il appartient au juge de décider ou non si les dettes doivent être compensées. Et c'est d'une procédure d'equity dont il s'agit. En fait, au début du XVIII^e siècle, deux lois furent votées relativement à la faillite (Insolvent Debtors Act - 1729 et Debtors Relief Amendment Act - 1735) qui ont prévu la possibilité que "one debt must be set against the other". C'est essentiellement en application de ces deux lois que le Chancelier a développé dans sa juridiction un ensemble de règles, "equitable set off", qui pouvait s'appliquer dans un grand nombre d'affaires. En Common Law, il s'agit bien d'une compensation judiciaire, même si le juge peut, et il le fait presque toujours, rechercher s'il n'y a pas eu un accord entre les parties prévoyant de compenser leurs dettes et leurs créances réciproques. Mais, dans le principe, la compensation est une exception procédurale, qui ne naît qu'en justice, même si peut être des conditions sont requises pour que le juge puisse accorder la compensation. Mais c'est en définitive au juge de décider, s'il est juste et équitable qu'un défendeur oppose sa propre créance au demandeur, si cette opposition est recevable. Puisque c'est le juge qui décidera de l'existence ou non de la compensation, si celle-ci est admise, ses effets partiront du jour du jugement, il n'y a pas normalement rétroactivité, Cf. Cours de M. Vidal, Histoire du droit privé et des contrats, Bordeaux IV, année 2003/2004.

²⁴⁷ Dans la zone UEMOA, Le Système Interbancaire de Compensation Automatisée de l'UEMOA (SICA-UEMOA) est un outil d'échange et de règlement par compensation des opérations de paiement de détail résultant de l'usage des instruments de paiement (chèque, billet à ordre, lettre de change) ». Le SICA-UEMOA est aussi défini comme « un système de paiement net, qui assure la compensation multilatérale des transactions entre les participants, l'échange d'instruments dématérialisés, la réduction des délais et coûts des échanges interbancaires, le respect du délai maximum de règlement sur le compte de la clientèle. Le SICA-UEMOA est un outil d'échange et de règlement automatique des opérations de paiement de petits montants inférieurs à cinquante (50) millions de francs CFA entre établissements participants au niveau national et sous-régional » Le SICA est fondé aussi sur un dispositif conventionnel et non réglementaire, même s'il faut relever que l'article 26 de la BCEAO faisant partie du traité UMOA du 14 novembre 1973 a prévu que sur une base

Elle est aussi une cause d'extinction des obligations (comme le paiement dont elle se rapproche beaucoup, bien qu'elle soit différente), et c'est un mécanisme en principe automatique: dès que deux obligations réciproques²⁴⁹ coexistent avec les qualités légales requises, dès la naissance de la deuxième obligation, elles s'éteignent à concurrence de la plus faible. L'extinction est automatique, par la seule force de la loi, en dehors de toute intervention des créanciers-débiteurs. Une telle conception entend éviter toute appréciation du juge. Mais cet effet automatique doit être nuancé, car, la compensation n'est pas d'ordre public²⁵⁰. C'est-à-dire que celui qui pourrait l'opposer peut ne pas s'en prévaloir, et l'exception de compensation ne peut alors être invoquée d'office par le juge. Il faut que le débiteur poursuivi déclare vouloir s'en prévaloir. L'offre de compenser vaut l'offre de payer.

Ainsi, le débiteur poursuivi reconnaît sa dette, il ne pourra plus ensuite se rétracter. Il faut donc distinguer la volonté de se prévaloir de la compensation qui est donc un acte volontaire, du jeu même de la compensation, qui lui est automatique. Cette distinction n'a pas d'incidence pour le débiteur poursuivi. Cependant, elle aurait des effets pour les tiers, qui ne pourront normalement pas s'opposer aux effets d'une compensation demandée. Toutefois, ils pourront demander le jeu de la compensation à la place de leur débiteur, si celui-ci ne l'a pas fait; ils ont donc un pouvoir de déclencher au nom de leur débiteur, l'exception de compensation.

242. L'article 1291 du Code civil dispose que « *la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles. Les prestations en grains ou denrées, non contestées, et dont le prix est réglé par les mercuriales, peuvent se compenser avec des sommes liquides et exigibles* ». Il est donc possible de compenser deux dettes portant sur de l'argent, deux dettes portant sur du grain de même qualité ou encore deux dettes portant sur des titres de bourses similaires, c'est-à-dire, de manière générale, deux dettes portant sur des choses pouvant être employées indifféremment l'une pour l'autre.

règlementaire « la banque centrale organise et gère les chambres de compensation sur les places où elles le juge nécessaire ».

²⁴⁸ V. C. LISANTI, *op. cit.*, n° 204 ; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le code civil du Québec*, 4^e éd., Éditions Yvon Blais, n° 133-135.

²⁴⁹ Sur la notion de connexité, v. F. PÉROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficultés. Instruments de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2008.

²⁵⁰ La compensation, n'étant pas d'ordre public, ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation, Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1969, Bull. civ. 1, n° 166 (1^{er} arrêt).

243. À côté de la compensation légale, il est des compensations facultatives, les compensations conventionnelles et judiciaires²⁵¹. La compensation dite judiciaire²⁵² est prononcée par le juge, lorsque le débiteur poursuivi pour l'exécution d'une dette oppose lui-même une créance sur le demandeur, que cette créance ne réunit pas les conditions requises pour la compensation légale, mais qu'il est au pouvoir des tribunaux de remédier à l'absence de la condition défaillante. Elle est facultative pour le juge, qui peut rejeter la demande reconventionnelle. Ce n'est qu'une faveur pour celui qui s'en prévaut. Cette compensation n'a pas été prévue par le Code civil. De même qu'elle n'est pas prévue par le Code civil, la compensation conventionnelle peut néanmoins se mettre en place. Les parties, le créancier et le débiteur, pourront en effet décider par le biais d'une convention, d'effectuer une compensation, sans que les conditions légales ne soient remplies²⁵³ si l'une des dettes n'est pas liquide ou exigible ou encore lorsque la condition de fongibilité n'est pas remplie ; la compensation conventionnelle apparaît alors comme un échange ou, selon les termes de MM. Weill et Terré²⁵⁴, comme "une dation en paiement réciproque ". Aussi, les conditions ne sont-elles pas remplies lorsque l'une des dettes porte sur une somme ou un objet insaisissable.

244. D'une manière générale, les différents systèmes de droit reconnaissent l'institution de la compensation²⁵⁵ qui permet de lier les dettes et les créances réciproques²⁵⁶ et d'éviter ainsi un double paiement. Mais la conception de la compensation et son domaine peuvent être fort différents selon les systèmes. Il semble qu'il y ait trois justifications principales à la reconnaissance de la compensation. On peut, tout d'abord, avoir une appréhension pratique, concrète et ne voir dans la compensation qu'une simple technique de simplification des relations entre créancier et débiteur. La compensation évitera un double transfert de fonds. Elle peut alors intervenir de plein droit. Il suffit qu'il y ait une dette et une créance réciproques remplissant des conditions strictes pour que la compensation naisse. Il peut, ensuite, paraître aussi injuste, inéquitable que celui qui doit une somme d'argent puisse

²⁵¹ V. V. BOUTHINON- DUMAS, *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, préf., A. GHOZI, Revue Banque, 2008, n° 312 et s.

²⁵² PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^e éd., 1954, par Esmein, Radouant et Gabolde, p.708, n° 1296.

²⁵³ Cass. 3^e civ., 25 octobre 1976, Bull. civ. III, n° 367 ; Cass. 2^e civ., 14 juin 1989, Bull. civ. II, n° 127 ; v. aussi Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993, Bull. civ. I, n° 235.

²⁵⁴ WEILL et TERRÉ, *Les obligations*, 3^e éd., 1980, n° 1078, p: 1110.

²⁵⁵ Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 366, p.321.

²⁵⁶ C'est le cas du mécanisme de compensation avec exigibilité anticipé qui permet à l'établissement de crédit de ne pas régler ses dettes à son contractant défaillant sans obtenir de la part de celui-ci le paiement de ses créances. Il a été institué par la loi n° 93- 1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers. ; v. art. L. 431-7 du CMF.

en refuser l'exécution (qu'il puisse ou non assumer l'exécution de son obligation), tout en contraignant son propre débiteur à exécuter l'obligation qui lui incombe. L'un serait payé, l'autre pas. Il appartiendra alors au juge de constater l'existence de la rupture de l'équité. Enfin, la reconnaissance d'un lien réciproque permettant à un débiteur d'opposer sa propre créance à l'égard de son créancier conduit à lui donner une situation différente de celle des autres créanciers de son débiteur. Il sera dans une meilleure situation, puisqu'il sera payé de sa dette par la compensation. Dans cette optique, la compensation est une garantie au bénéfice de celui qui est tout à la fois créancier et débiteur. Mais le débiteur est alors libre d'opposer la compensation. Il doit alors en aviser l'autre partie.

2. L'impact des garanties indirectes sur l'efficacité des sûretés réelles Consacrées

245. Il est indéniable que les garanties indirectes participent du renforcement²⁵⁷ de l'efficacité des sûretés réelles classiques ou légales (a). Toutefois, ce raffermissement est d'une portée limitée (b) pour différentes raisons pratiques et théoriques.

a. Un renforcement de l'efficacité des sûretés mobilières confirmées

246. L'action directe et la compensation, des garanties de paiement hors hiérarchie La mise en œuvre de ces garanties améliore incontestablement la situation du créancier : qu'il s'agisse des créanciers privilégiés ou des « créanciers nus »²⁵⁸, l'action directe et la compensation vont conférer un « privilège » ou un droit exclusif au créancier permettant ainsi de déroger à la règle de l'égalité²⁵⁹ des créanciers. Les sûretés réelles ne constituent donc pas les seules garanties à offrir à leur bénéficiaire un traitement préférentiel, certaines garanties de paiement du régime général des obligations offrent aussi une situation préférentielle de paiement.

²⁵⁷ V. A. S. YANSOUNOU, *op. cit.*, p. 396 et s.

²⁵⁸ J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 94, p.85.

²⁵⁹ V. V. BOUTHINON- DUMAS, *op. cit.*, n° 279 et s., spéc., n° 300, à propos de l'institution de la compensation avec exigibilité anticipée pour déroger au droit des procédures collectives afin d'accroître la sécurité du système bancaire et financier.

247. L'action directe et la compensation constituent des garanties de paiement à part entière. Alors même qu'elles ne sont pas des sûretés au sens strict du terme, ces garanties vont venir conforter les sûretés réelles, en ce qu'elles permettront au créancier privilégié de déroger à la règle d'égalité entre créanciers. Mieux encore, ces garanties présentent sur les sûretés réelles traditionnelles l'avantage d'offrir plus qu'un traitement préférentiel, ce sont des garanties de paiement « hors hiérarchie »²⁶⁰. À la différence des créanciers titulaires de sûretés réelles qui se voient imposer une discipline collective et un traitement égalitaire, l'action directe et la compensation ne relèvent pas de ce traitement. Bien au contraire, ces garanties de paiement du régime général des obligations ne respectent pas la hiérarchie imposée aux créanciers, elles bénéficient d'un traitement particulier. Par exemple, l'action directe offre plus qu'un privilège puisque, par hypothèse, toute comparaison avec les qualités des autres créanciers est écartée ; la compensation romprait l'égalité entre créanciers en permettant à ceux d'entre eux, en même temps débiteur de l'insolvable, de se payer intégralement sur ce qu'ils doivent eux-mêmes, et d'échapper ainsi à la loi du dividende, conséquence du principe égalitaire. Qu'il s'agisse donc de l'action directe ou de la compensation, ces garanties présentent la particularité d'améliorer la situation du créancier titulaire de sûretés réelles paralysées ou privées de leurs effets. En recourant à ces garanties de paiement, les créanciers recherchent en quelque sorte la satisfaction qu'elles n'ont pas trouvée dans les sûretés réelles. Autrement dit, l'action directe et la compensation, dans ce cas précis, révèlent leur utilité, lorsque le droit des sûretés réelles ne suffit plus, par lui-même, à satisfaire les créanciers privilégiés²⁶¹.

248. L'action directe favorise son titulaire. Elle lui permet d'exercer, à son profit exclusif, le droit dont dispose son propre débiteur afin d'obtenir paiement par ce dernier de ce que le premier lui doit. Le créancier se trouve ainsi nanti de deux débiteurs, son débiteur originaire et le débiteur de celui-ci. Par ailleurs, l'action directe n'opère pas novation. De ce fait, son octroi n'interdit pas à son titulaire d'agir contre son débiteur immédiat. Le créancier dispose donc simplement d'un débiteur supplémentaire grâce à cette action et peut, en conséquence, renoncer à agir contre son débiteur immédiat sans pour autant se priver du bénéfice de l'action directe²⁶².

²⁶⁰ V. V. BOUTHINON- DUMAS, *op. cit.*, n° 281.

²⁶¹ V. A. S. YANSOUNOU, *op. cit.*, n° 575.

²⁶² Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-12249, Bull. civ. 1, n° 111 p.73.

Sur ce point, l'action directe est une forme de solidarité passive : le sous-débiteur et le débiteur intermédiaire sont solidaires entre eux à l'égard du créancier direct. Il peut également choisir d'agir contre ce dernier seulement. Il est également admis qu'il choisisse d'agir contre l'un et l'autre, dans la seule limite de l'interdiction d'un double paiement qui lui procurerait un enrichissement injuste. Cette double action lui permet, d'ailleurs, d'obtenir une condamnation *in solidum* du débiteur immédiat et du débiteur intermédiaire. Quel que soit son choix, il faut préciser que tant dans sa phase extrajudiciaire que judiciaire (celle-ci commence au moment où le sous-débiteur, auquel le créancier a fait connaître sa volonté d'agir en paiement à son encontre, décide de refuser de s'incliner), l'action directe exercée contre le sous-débiteur ne peut complètement s'affranchir de celle du débiteur intermédiaire.

249. Le créancier qui engage une action directe évite le concours avec les autres créanciers du débiteur intermédiaire. Par conséquent, il est préféré au créancier chirographaire, mais aussi préféré aux créanciers titulaires de droit de préférence en raison de son droit exclusif au paiement. Dans l'action oblique, le créancier reconstitue le patrimoine de son débiteur, mais n'est pas payé de préférence aux autres créanciers. En revanche, l'action directe est un droit propre qui appartient au créancier : la somme due par le sous-débiteur ne transite pas par le patrimoine du débiteur principal, et le créancier exerçant l'action directe ne subit pas la loi du concours. Il s'agit d'un droit propre direct et personnel, qui remet en cause le principe de l'égalité des créanciers, contrairement à l'action oblique. Ce droit immobilise immédiatement (l'action directe parfaite) la créance du débiteur intermédiaire, qui ne peut recevoir le paiement, le titulaire de l'action n'est jamais personnellement lié au tiers poursuivi, il agit hors de tout droit de créance.

250. L'action directe est à l'évidence une garantie pour le créancier, mais un débat existe sur sa qualification de sûreté ou de privilège²⁶³.

251. À côté de l'action directe, existe aussi la compensation qui joue un rôle important dans l'amélioration de la situation du créancier.

²⁶³ V. L. AYNÈS, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2, soulignent l'absence de définition et reprennent celle de P. CROCQ, Propriété et garantie, LGDJ, 1995, n° 2 ; J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, n° 5, reprennent la définition de P. CROCQ en la modifiant sur certains points ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *Droit des sûretés*, Litec 9^e éd., 2010, n° 2 : « la sûreté n'est pas une notion, ce n'est qu'une étiquette qui s'accommode du disparate » ; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, Puf., 1988, n° 6, sous le titre pertinent « Omnis definitio periculosa ». L'auteur précise que la définition est soit inutile, soit impossible.

La plupart des auteurs font remarquer la double nature de la compensation, qui est à la fois un paiement et une garantie de paiement. Pour le Doyen CARBONNIER²⁶⁴, « *Compenser, dit-on encore, c'est payer, et la compensation apparaît comme un paiement abrégé, par lequel on s'épargne un double transfert de fonds. C'est aussi un paiement par préférence. Le créancier débiteur d'un insolvable à intérêt à compenser : sans la compensation, il devrait payer intégralement sa dette, puis réclamer sa créance en concours avec les autres créanciers, ce qui ne lui laisserait espérer qu'un dividende ; grâce à la compensation, il se paie sa propre dette par préférence à tous les autres créanciers* ». La compensation constitue ainsi un privilège au profit du créancier solvable. En recourant à ce procédé, le créancier échappe au risque d'insolvabilité du débiteur, ne subit pas le concours des autres créanciers et n'a pas à s'exécuter lui-même²⁶⁵. Mais la compensation va au-delà de la simple fonction de double paiement, car, en pratique, elle fonctionne comme une garantie.

La Cour de cassation a même parlé du « *principe de la compensation qui constitue pour les parties une garantie* »²⁶⁶. En effet, le créancier qui peut faire jouer la compensation échappe à l'aléa du recouvrement. Le Professeur MESTRE²⁶⁷ disait, à propos de la fonction de garantie de la compensation, que « *le plus sûr moyen d'être payé, lorsqu'on est créancier d'un insolvable, reste d'être également son débiteur* ».

b. Un apport limité

252. Si les garanties indirectes ou sûretés négatives contribuent indubitablement à renforcer l'efficacité des sûretés réelles classiques, leur contribution à la sécurisation de la créance est quand même à relativiser.

253. Concernant les sûretés négatives, en principe, en vertu de la liberté des conventions, les engagements conventionnels ne devraient pas poser de problèmes quant à leur validité. Mais compte tenu de la rédaction de certaines clauses, qui aboutissent à mettre pratiquement le débiteur sous tutelle, il convient de s'interroger sur leur efficacité tant entre les parties qu'à l'égard des tiers.

²⁶⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, 13^e éd., 1988, n° 532, p.584.

²⁶⁵ Pour M. PÉDAMON, « La compensation de dettes connexes », *RJ. com.*, novembre 1992, n° spéc., p.78, c'est une garantie dans la mesure où il s'agit d'un mode de "non-paiement" de dette plutôt que d'un mode de paiement; v. aussi Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1967, D. 1967, p.358, obs. J. Mazeaud.

²⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1967, op. cit.

²⁶⁷ Propriété et droits réels, *RTD civ.*, 1998, spéc., p.138, obs. J. Mestre.

254. Entre les parties. La validité des sûretés négatives est discutée en doctrine parce qu'elles portent atteinte à la liberté du débiteur. C'est justement parce qu'elles confèrent à leur bénéficiaire un droit de veto que la jurisprudence est intervenue pour fixer les limites dans lesquelles la liberté patrimoniale du débiteur peut être restreinte. Concernant les clauses d'inaliénabilité ou l'engagement de ne pas hypothéquer, la jurisprudence française, s'inspirant de la solution admise pour les donations et les legs, subordonne leur validité à la condition qu'ils soient temporaires et justifiés par un intérêt « *légitime et sérieux* »²⁶⁸.

L'exigence du caractère temporaire de la clause n'est en réalité que l'application du principe juridique fondamental qui interdit les engagements perpétuels.

Le caractère légitime et sérieux de la clause ne semble pas non plus poser de problème. Mais dans notre matière, elle peut susciter certaines questions.

255. En effet, on peut se demander si la clause d'inaliénabilité stipulée au profit d'un banquier lors de l'octroi d'un crédit se justifie par un intérêt légitime et sérieux. Le banquier ne doit-il pas, comme tout créancier, subir les actes faits par son débiteur dans le cadre de la gestion par celui-ci de son patrimoine ? Mais comme on l'a fait justement remarquer, « *la présence d'un intérêt légitime et sérieux semble automatiquement satisfaite dès lors que la clause n'a d'autre but que d'assurer la sécurité du prêteur* »²⁶⁹.

256. Une deuxième difficulté subsiste et à trait aux engagements des représentants de personnes morales et à la situation faite aux associés ; en effet, la validité des clauses contractuelles paraît douteuse surtout lorsqu'il s'agit de l'interdiction de distribution de dividendes imposée par le banquier. La solution la plus efficace consisterait pour la banque à subordonner la continuation de son concours à la réalisation d'un objectif déterminé. Il serait en effet plus juste pour le banquier de prévoir qu'il mettra fin à son concours si la société n'atteint pas un résultat déterminé plutôt que d'imposer la non-distribution de dividende.

Un second obstacle consiste à savoir comment faire admettre de telles clauses sans pour autant porter atteinte aux pouvoirs légaux de la société emprunteuse.

257. Enfin, le fait que certaines clauses soient libellées en termes très généraux pourrait conduire à une véritable incapacité du débiteur surtout lorsqu'il s'agit de personnes physiques. En effet, les banquiers sont passés maîtres dans l'art d'élaborer des formules

²⁶⁸ V. Y. CHAPUT, *op. cit.*; Ph. PASTAUD, *op. cit.* p. 224.

²⁶⁹ Ph. PASTAUD, *op. cit.* p. 225.

particulièrement hermétiques et il faut éviter qu'ils n'abusent de leur position économique. Dans certains cas d'ailleurs la généralité de certaines clauses de style conduit à se demander s'il y a véritablement engagement conventionnel tellement le déséquilibre est grand.

Quoi qu'il en soit, cet aspect ne semble pas altérer l'existence des sûretés négatives. Cela est dû certainement à leur souplesse et leur caractère discrétionnaire.

Mais si les sûretés négatives présentent l'avantage de ne pas gaspiller le crédit du débiteur et d'être souples dans leur constitution pour le banquier, leur efficacité n'en reste pas moins relativement limitée.

258. Une sûreté n'est efficace pour le créancier que lorsqu'elle lui permet de recouvrer les fonds prêtés rapidement, à moindre coût et sans encombre. Or, si l'intérêt des sûretés négatives est leur souplesse, leur efficacité reste limitée en réalité.

α. Entre les parties

259. On peut se demander dans quelle mesure la garantie du banquier est efficace compte tenu du fait que, en principe, les engagements de faire ou de ne pas faire ne sont pas publiés. Dans la mesure où le but du créancier est de préserver le « potentiel économique » de son débiteur, l'inopposabilité de la sûreté aux tiers a pour conséquence de la priver de toute efficacité. Il est évident qu'en l'absence de publicité appropriée, les tiers peuvent contracter dans l'ignorance des engagements pris par le débiteur.

Dans ce cas, de quels moyens de défense dispose le pourvoyeur de crédit pour faire respecter les engagements pris en sa faveur ?

260. La seule sanction qui pourrait frapper le débiteur serait la mise en jeu de sa responsabilité contractuelle. Celle-ci se résoudra par l'allocation de dommages et intérêts éventuels (car si le débiteur est insolvable le banquier ne les percevra pas), mais l'acte d'aliénation accompli par celui-ci lui sera opposable.

Cependant, la sanction la plus fréquente consistera en une déchéance du terme avec l'exigibilité immédiate de la dette. Selon l'opinion de certains auteurs, une telle sanction serait justifiée par l'atteinte à la dignité du crédit que constitue la violation de l'obligation de ne pas

faire²⁷⁰. De même, ces auteurs estiment que dans le cadre de l'ouverture de crédit, la violation des engagements contractuels par le débiteur doit permettre au banquier de pouvoir révoquer de façon anticiper le crédit, compte tenu du caractère *intuiti personae* du contrat et de la relation de confiance réciproque à sa base.

261. Il est évident que les relations entre le banquier et son client reposent toujours sur l'idée de confiance, confiance qui serait trahie si l'une des parties viole ses engagements. Il n'en reste pas moins vrai qu'il serait plus simple et plus efficace pour le banquier de prévoir une clause de résolution expresse en cas de violation des engagements pris.

En tout cas, force est de reconnaître qu'une telle sanction est finalement peu dissuasive pour freiner l'ardeur d'un débiteur décidé à enfreindre l'interdiction stipulée. Au mieux, comme on l'a fait remarquer, l'efficacité de la sûreté négative consisterait à assurer un rôle de « véritable sonnette d'alarme » pour le créancier²⁷¹. En effet, la violation répétée par le débiteur de ses engagements contractuels serait un signe annonciateur d'une mauvaise situation pour l'entreprise. Dans ces conditions, le créancier s'empressera de prendre d'autres garanties avec cependant le risque de les voir déclarer inopposables si elles sont consenties en période suspecte. C'est pourquoi le créancier a intérêt à faire souscrire au débiteur une promesse d'hypothèque qui deviendrait effective en cas de violation des engagements conventionnels pris. Du fait de la rétroactivité attachée à la garantie, il pourrait ainsi échapper aux aléas de la procédure collective.

262. En effet, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la situation du créancier titulaire d'une simple sûreté négative devient précaire, peu enviable. Ainsi, non seulement, il reste soumis à la suspension des poursuites dans le premier cas, mais aussi, et surtout à la loi commune du concours en tant que créancier chirographaire.

263. Au-delà de cette question, le créancier qui recherche à assurer le remboursement de sa créance risque de voir la garantie se retourner contre lui. En effet, il risque de se voir reprocher par le débiteur l'immixtion dans ses affaires. Ce dernier peut engager la responsabilité du créancier en lui reprochant, par exemple, de l'avoir empêché de

²⁷⁰ J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1995.

²⁷¹ Ph. PASTAUD, *op. cit.* p. 237.

prendre une décision importante pour l'entreprise ou de l'obliger à prendre une décision néfaste pour la vie de la société²⁷².

Tout ceci démontre la limite des sûretés négatives. Mais quel est l'effet de l'engagement souscrit par le débiteur à l'égard de son ayant-cause particulier lorsque, par exemple, celui-ci a acquis un bien ou obtenu une sûreté au mépris de la clause stipulée en faveur du créancier.

β. À l'égard des tiers

264. En vertu du principe de la relativité des conventions²⁷³, une clause de sûreté négative ne peut obliger directement l'ayant-cause particulier du débiteur. Cependant l'engagement conventionnel est-il néanmoins opposable à l'ayant-cause particulier ?

La réponse dépend de la qualification que l'on entend donner à la notion de sûreté négative.

Pendant longtemps, la nature des clauses d'inaliénabilité a été controversée. Aujourd'hui, la majorité de la doctrine²⁷⁴ pense que ce sont des droits personnels. L'enjeu de cette qualification est très important.

265. En effet, si la sûreté négative est considérée comme un droit réel, l'engagement qui en découle grève un bien déterminé sur lequel l'ayant-cause a pu acquérir un droit.

Mais compte tenu de la nature de ce droit (réel), celui-ci est opposable d'emblée au tiers, même s'il ignore la situation créée. Si c'est un droit personnel, l'ayant-cause particulier ne peut être obligé directement en tant que tiers du fait de l'effet relatif des conventions.

Il est évident que pour les sûretés négatives seule la qualification de droits personnels est concevable. En effet, l'idée de droit réel suppose avant tout l'existence d'une relation avec une chose alors que les sûretés négatives consistent en l'obligation de faire ou de ne pas faire. Par conséquent, le tiers contractant ne peut être poursuivi par le créancier que sur la base d'une responsabilité complice. En effet, il lui faudra démontrer que le tiers, au moment de contracter, avait connaissance de l'existence de la clause. Autrement dit, il doit démontrer la mauvaise foi de l'ayant-cause à titre particulier.

²⁷² Voir appréciation de Mamadou SALL, *op. cit.*, p. 186, pour qui ses situations seront fréquentes compte tenu des conditions draconiennes souvent imposées aux entreprises par les banques, et de l'immixtion de plus en plus importante de ces derniers dans la gestion des entreprises qui ont de plus en plus besoin de leur concours.

²⁷³ Article 1165 CODE CIVIL.

²⁷⁴ V. Y. CHAPUT, *op. cit.*

266. On observera que cette responsabilité sera délictuelle, car la responsabilité contractuelle ne peut être invoquée qu'entre le débiteur et le tiers contractant. La preuve sera d'autant plus difficile à rapporter que, généralement les engagements contractuels ne font l'objet d'aucune publicité appropriée. Il convient toutefois de réserver les cas de publicité légale. Ainsi, les clauses d'inaliénabilité relatives aux immeubles doivent obligatoirement être publiées²⁷⁵.

267. Au total, malgré leur souplesse et leur caractère discret, les sûretés négatives n'en restent pas moins limitées quant à leur efficacité. L'insuffisance, voire l'absence, de sanction véritable fait que le créancier est toujours amené à exiger des garanties supplémentaires, ce qui réduit leur intérêt.

En outre, elles présentent cet inconvénient de n'être efficaces que si le débiteur est in bonis. Certes, on doit se féliciter du but poursuivi par le créancier nanti de sûretés traditionnelles en sollicitant des sûretés négatives, mais force est de constater aussi que les engagements ne lui offrent véritablement pas de sécurité dans la mesure où elles ne constituent pas de véritables sûretés dotées d'un privilège ou d'un véritable droit exclusif.

268. L'ensemble des sûretés négatives ne constitue pas un moyen destiné à remplacer les sûretés traditionnelles de façon autonome. Par contre, les sûretés négatives permettent certainement au créancier de se ménager des précautions supplémentaires. Ces sûretés négatives sont généralement acceptées par le débiteur, lors de la conclusion de son contrat de prêt ; il est vrai qu'il lui manque les moyens de s'y opposer.

Il arrivera fréquemment que le créancier ne se contente pas des engagements dérivés de la personnalité ou de la surface financière de son débiteur ; il exigera alors – l'intervention d'un tiers.

269. Ces insuffisances ou limites affectent identiquement les autres techniques de garantie tirées du droit général des obligations.

572. Le législateur a posé ainsi des restrictions au jeu de la compensation. On peut les résumer en deux catégories : celles portant sur la nature des créances, et celles visant la protection des tiers. En effet, selon l'article 1293 du Code civil, la compensation a lieu,

²⁷⁵ Aux termes de l'art. 28 al. 4 du décret de 1955, en France, Modifié par Ordonnance n°2010-638 du 10 juin 2010 - art. 14 ; v. c. cass. 1^{re} ch. Civ, 11 fév. 2003 La première chambre civile de la Cour de Cassation a pu rappeler ce principe dans un arrêt rendu le 11 février 2003, v. art 194 AUS.

quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, elle est impossible en cas de « *demande en restitution d'une chose dont le propriétaire a été injustement dépouillé* ». Il en est de même pour « *une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables* », et pour une « *demande en restitution d'un dépôt et du prêt d'usage* ». Le détenteur d'une chose prêtée ne pourra la conserver en prétendant une dette due par son dépositaire. Aussi, l'article L. 144-1 du Code du travail énonce-t-il qu'« *aucune compensation ne s'opère au profit des employeurs entre le montant des salaires dus par eux à leurs salariés et les sommes qui leur seraient dues à eux-mêmes pour fournitures diverses* ». S'agissant des tiers, l'article 1298 du Code civil dispose que « *La compensation n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers. Ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, opposer la compensation* ». La première phrase énonce le principe, la seconde l'illustre d'un exemple. On en trouve un autre à l'article 1295 : « *en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer à l'égard du cessionnaire la compensation de la créance cédée avec une créance dont il dispose contre le cédant, si cette dernière créance est née avant le moment où la cession lui devient opposable et qu'elle devient exigible avant la créance cédée ou simultanément* ». La règle posée est que la compensation légale ne doit pas porter préjudice aux tiers.

270. Le souci de rendre le droit des sûretés réelles plus accessible a bien habité le législateur communautaire, mais le constat est que les réformes effectuées ne donnent pas entière satisfaction en ce qui concerne l'attrait et la facilitation de constitution des sûretés mobilières consacrées dans l'AUS. D'où le recours, en vue d'une plus grande sécurité aux garanties dites indirectes.

La rationalisation de notre droit des sûretés en ce qui concerne les sûretés mobilières est donc loin d'être atteinte en raison des choix peu clairs et injustifiés du législateur communautaire qui n'a pas engagé des réformes plus audacieuses qui puissent faire correspondre ce droit au contexte socio culturelle auquel il est pourtant censé s'appliquer.

CONCLUSION DU CHAPITRE

271. Les sûretés réelles mobilières en droit OHADA se caractérisent par leur diversité. Leur nombre s'est accru avec la réforme de décembre 2010 qui a consacré ou intégré de nouvelles sûretés réelles fondées sur l'usage du droit de propriété.

272. Deux groupes de sûretés mobilières s'opposent désormais. D'un côté les sûretés réelles que nous pouvons qualifier de traditionnelles, caractérisées par le droit de préférence conféré à leur titulaire et de l'autre les propriétés sûretés qualifier de nouvelles, mais qui au fond ne sont qu'un retour vers le passé.

273. Cette réforme, avec l'introduction de nouvelles garanties ou la redéfinition de notion aussi ancienne que le gage pour en faire une sûreté sans dépossession au même titre que le nantissement dénote du rapprochement voire de la confusion des techniques qui traversent les sûretés mobilières.

Nous nous posons alors la question de savoir pourquoi créer une cession de créance à titre de garantie et à côté maintenir un nantissement de créance. Ou instituer un transfert fiduciaire de somme d'argent alors qu'une généralisation de la fiducie en tant que sûreté propriété unique aurait été plus simplificatrice.

274. Ces incohérences traduisent les hésitations du législateur OHADA à s'engager sur la voie de l'uniformisation à travers l'adoption d'une approche plus fonctionnelle que notionnelle des sûretés notamment mobilières. Alors qu'une plus grande rationalisation du droit des sûretés réelles et principalement mobilières est recherchée, le constat est plutôt à un recours à des garanties indirectes et aux circuits parallèles pour renforcer la sécurité de la créance et obtenir du crédit.

Au-delà des sûretés mobilières, c'est tout le régime des sûretés mobilières OHADA qui par cette insuffisante simplification manque d'efficacité.

Quid des sûretés immobilières ?

Chapitre 2 : Les incohérences dans la réglementation de la garantie immobilière

275. La garantie immobilière par excellence qu'est l'hypothèque souffre en pratique des règles attachées à sa constitution qui impactent négativement sa pleine efficacité, car elle demeure étroitement liée à la législation foncière²⁷⁶. Mais en raison de la spécificité de la législation foncière dans la plupart des États membres de l'OHADA, l'hypothèque, la sûreté réelle la plus recherchée²⁷⁷ par les pourvoyeurs de crédit, notamment les banques, demeure la moins adaptée de toutes. Ces difficultés ne doivent toutefois pas occulter totalement les efforts consacrés par le législateur pour améliorer l'attrait et l'efficacité de cette « reine de sûretés ».

276. Pour mieux comprendre les difficultés qui entravent la progression optimale de l'hypothèque en droit OHADA, il n'est pas superflu de s'intéresser à la conception de la terre²⁷⁸, de sa possession dans les coutumes africaines et des raisons qui ont entouré son introduction en Afrique noire²⁷⁹. En effet, la réorganisation de la propriété foncière, à travers les politiques coloniales en Afrique noire, visait un double objectif : d'une part, libérer la terre de toutes les règles coutumières qui en empêchaient la circulation en tant que valeur économique par l'avènement de la propriété privée, autant que possible individuelle, d'autre part, faire de la terre un instrument de crédit, permettant au propriétaire de la mobiliser pour obtenir le crédit nécessaire à leurs entreprises²⁸⁰.

277. Les problèmes de la garantie hypothécaire sont en grande partie liés à l'inextricable conflit foncier dans la plupart des États africains²⁸¹. Cette gestion approximative

²⁷⁶ V. Dans ce sens, G. A. KOUASSIGNAN, « Les hypothèques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, NEA, 1982, t. 5, p. 170.

²⁷⁷ V. Y. R. KALIEU ELONGO, « Hypothèque », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, n° 3, p. 918.

²⁷⁸ Feue, Le président KEBA MBAYE disait qu'en Afrique « la terre est une création divine, comme le ciel, comme l'air comme les mers. Elle est à Dieu, aux dieux et aux ancêtres ». Cette citation était pour illustrer qu'en Afrique la propriété privée des terres était inconcevable. Citation reprise par Marco RAMAZZOTTI, *Anthologie du droit coutumier de l'eau en Afrique*, F.A.O., Études législatives n° 58, 1996, p. 307 et s.

²⁷⁹ V. Dans ce sens, G. A. KOUASSIGNAN, *op. cit.*, p. 170.

²⁸⁰ *Idem.*

²⁸¹ En Côte d'Ivoire, les populations disposaient, avant l'arrivée du colon, de droits naturels coutumiers sur leur propriété. Chacun savait à qui appartient la terre, et cela était respecté. L'arrivée du colon a bouleversé l'ordre naturel et l'État ivoirien, à l'indépendance a reproduit le modèle importé et a pris possession de la terre. Ce bouleversement violent a créé de nombreux conflits et ce n'est qu'en 1998 que le législateur a tenté d'apporter des solutions à travers l'adoption d'un code foncier rural. Cette loi de 1998 a tenté de formaliser et de

du foncier et l'absence d'une véritable « propriété privée » sur les terres freinent une pratique développée de l'hypothèque. À cela, il convient d'ajouter les réticences sociologiques²⁸² qui découlent de la conception assez particulière de la terre par les populations africaines. Car même si le pouvoir colonial a de façon coercitive, pris des textes destinés à régir, à l'instar de la société française, l'application de ces textes n'a pas connu l'audience escomptée à cause de l'imperméabilité des règles coutumières restées toujours méfiantes vis-à-vis des normes inadaptées²⁸³ à leur principe. Le marché du foncier reste pour la majeure partie des populations africaines une réalité étrangère. Même dans les cités urbaines où ces législations sont un peu connues elles se heurtent aux exigences de la tradition.

278. La somme de ces difficultés témoigne du caractère chimérique et complexe (section 1) de la garantie sur les biens immobiliers en droit OHADA qui peine à s'imposer dans la pratique quotidienne malgré les innovations irréfutables qui ont été apportées à son régime. Et ce n'est pas les quelques réformes dans sa mise en œuvre (section 2) qui viendront voiler cet état de fait.

Section 1. La survivance du caractère complexe de l'hypothèque

279. En règle générale, la valeur des sûretés réelles est tributaire de celle des biens (corporels ou incorporels) sur lesquels elles portent. Mais encore faut-il savoir opérer le bon choix au moment de la prise de la garantie. Or, dans l'espace OHADA, la plupart des

moderniser la propriété foncière grâce à une identification des terres et à la délivrance de titres fonciers. La loi a cependant du mal à s'appliquer puisque de sa promulgation début 1999 à octobre 2012 seuls 200 titres fonciers ont été délivrés et c'est seulement 1,5% des terres qui sont enregistrées. ; v. Loi n° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rurale en Côte d'ivoire modifiée par les lois n° 2004-412 du 14 aout 2004 et n° 2013-655 du 13 septembre 2013 relative au délai accordé pour la constatation des droits coutumiers sur les terres du domaines coutumier et portant modification de l'article 6 de la loi n° 98-750 du 23 décembre 1998.

²⁸² V. dans ce sens A. A. SANNI, *La problématique de la réalisation des hypothèques bancaires au Bénin*, Mémoire DESS, université ABOMEY-CALAVI, 2002, p. 17et s., qui affirme que « De tout temps au Bénin, le domaine du foncier a toujours été exclu de toute velléité d'appropriation individuelle. Autrement dit, le foncier échappe à la conception napoléonienne de la propriété individuelle qui confère le droit d'user, d'en percevoir les fruits et d'en disposer ».

²⁸³ V. E. LE ROY, « Caractères des droits fonciers coutumiers », in *Encyclopédie juridique de l'AFRIQUE*, T. 5, N.E.A., 1982, p. 39-47., spéc., p. 41 et 44. Il fustige l'introduction de la conception individuel de la propriété dans la détermination du droit foncier en Afrique par le colonisateur à travers l'application « mécaniste » du « paradigme civiliste » contenu dans l'article 544 du code civil; égal. A. A. SANNI, *loc. cit* ; I. ZERBO, « La réforme foncière au Burkina », *Revue Juridique et Politique des États Francophones*, n°3, juillet-septembre 2014, p. 413 et 415 qui conteste l'opportunité d'une résolution de la question foncière au Burkina par la transformation des droits fonciers coutumiers en droits fonciers occidentaux dans le seul objectif de favoriser les opérateurs économiques.

institutions de crédit vouent une préférence particulière pour la garantie hypothécaire, notamment pour les prêts à moyen et long terme. Nonobstant cet attrait, la garantie hypothécaire présente, du fait de l'environnement juridique et social, les caractéristiques d'une chimère en pratique du fait de la persistance des difficultés de constitution(§. 1).

280. En dépit de la réglementation minutieuse dont elle fait l'objet, l'hypothèque demeure une garantie inadaptée du fait du régime du sol dans la plupart des États membres. En outre, elle requiert toujours une procédure lourde pour sa constitution avant d'aboutir souvent à un résultat aléatoire au moment de sa réalisation ce qui ne contribue pas à son attractivité de tous et occulte pratiquement les réformes effectuées(§. 2).

§.1. La pérennité des difficultés de constitution d'une hypothèque

281. Si l'hypothèque constitue normalement une garantie efficace, elle est cependant très lourde du fait du temps que prend sa mise en œuvre. En effet, ses formalités de constitution s'étendent parfois sur plusieurs mois. Ce formalisme de rigueur dans lequel est enfermée la publicité foncière constitue un obstacle à l'épanouissement de l'hypothèque, car son inscription est relativement complexe²⁸⁴. Cette lourdeur de l'hypothèque est aussi liée à la rigidité de la législation elle-même. En effet, l'Acte uniforme sur le droit des sûretés prévoit que l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles immatriculés. Malheureusement, cet Acte uniforme ne va pas plus loin, car il ne précise pas ce qu'il faut entendre par immeuble immatriculé. En outre, le fait d'exiger que l'hypothèque doive porter uniquement sur des immeubles immatriculés limite la possibilité de faire d'une part importante des biens immobiliers un instrument de crédit. En effet, dans nos pays, la réalité est que la majorité des immeubles ne sont pas immatriculés, car il faut avoir des moyens financiers pour y procéder²⁸⁵.

282. La procédure d'immatriculation s'est en réalité soldée par un échec pour la raison que le régime de la propriété foncière n'est pas une émanation des réalités locales et ne s'inscrit pas dans l'évolution directe, dialectique, propre, et normale des sociétés

²⁸⁴ Pour des plus amples développements sur la question, v. S. HAMADOU, La protection des droits du débiteur saisi dans la réalisation de l'immeuble apporté en garantie d'une créance, Rapport de stage de DESS Droit des Affaires, UFR/SJP de Ouagadougou, 2003-2004, p.16 à 18.

²⁸⁵ Au Niger par exemple, selon S. HAMADOU, le premier titre foncier date de 1907 et à la date du 27 décembre 2004 on ne compte pour tout le pays que 16.035 titres fonciers. V. S. HAMADOU, *op. cit.*, p. 34.

traditionnelles. Le malaise actuel du système de conservation foncière est l'expression d'un déséquilibre lié à la transposition méprisante d'une structure du droit moderne réalité préexistante sans une approche préalable d'adaptation ou de cohabitation des deux structures. Le caractère excessivement lourd de l'hypothèque s'observe sur divers plans : juridique, administratif et pratique, d'une part par la persistance dans presque tous les États membres des difficultés d'obtention du titre de propriété (A) et d'autre part, par l'éternelle lourdeur procédurale (B).

A. La constance des problèmes liés à l'obtention du certificat de propriété foncière²⁸⁶

283. En dépit des différentes réformes foncières initiées à travers les pays membres de l'OHADA, la constance est à l'insécurité foncière qui constitue « *une menace pour la paix sociale et un frein à l'accroissement de la productivité [...]* »²⁸⁷.

284. S'il est indéniable qu'elle occupe une place prépondérante dans l'octroi du crédit bancaire, l'hypothèque demeure une garantie relativement inadaptée au contexte de la plupart des États membres de l'OHADA du fait généralement des difficultés suscitées par la législation foncière pour l'obtention du titre foncier ou certificat foncier permettant l'immatriculation²⁸⁸ et l'inscription de l'hypothèque au livre foncier. L'immatriculation d'une

²⁸⁶ Il est aussi nommé titre de propriété dans certains pays dont la Côte d'Ivoire et le Sénégal suivant les dispositions de la Loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière. Au Bénin, il porte le nom de certificat de propriété foncière en vertu de la Loi n° 2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin.

²⁸⁷ V. I. ZERBO, « La réforme foncière au Burkina », in R. J. P., n° 3, juill-sept. 2014, p.393, qui s'interroge sur l'insécurité foncière persistante au Burkina-Faso malgré l'adoption d'une nouvelle loi foncière générale le 4 octobre 2012 portant réorganisation agraire et foncière.

²⁸⁸ C. GARRIER, *Côte d'Ivoire et zone OHADA : gestion immobilière et droit foncier urbain*, L'harmattan, 2007, p. 39 ; Depuis plus d'un demi siècle, la loi sénégalaise n° 64-46 du 17 juin 1964, relative au domaine national, modifiée par la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière, pose un principe intangible : toutes les terres non immatriculées ou dont la propriété n'avait pas été transcrite à la conservation des hypothèques au terme du délai fixé par le législateur, sont considérées d'office comme faisant partie du patrimoine public. Ce sont des biens incessibles et inappropriables, sauf lorsqu'ils font l'objet d'une déclassification selon la procédure prévue par la loi. Cette loi s'inspire en réalité du socialisme africain, une sorte communautarisme rurale développé par Senghor, premier président du Sénégal. Elle cherche à soustraire la terre d'une propriété coutumière qui fait la part belle à certaines grandes familles et à la socialiser. V. art 75 de l'ordonnance n°00-027/p-rm du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier de la république du Mali modifiée par la loi n° 02-008 du 12 février 2002 dispose que : « L'immatriculation est obligatoire avant toute attribution de terres par l'État. Toutefois les terrains ruraux peuvent être attribués sous forme de concession rurale sans immatriculation préalable. Celle-ci interviendra obligatoirement lors de la transformation de la concession rurale en titre foncier ».

parcelle est « l'acte administratif qui la personnalise et attribue à une personne autre que l'État le droit de propriété ou un bail emphytéotique »²⁸⁹. En droit ivoirien, les règles d'immatriculation sont appelées « régime foncier »²⁹⁰. Leur application fait intervenir simultanément des administrations de deux ordres et un magistrat.

S'agissant d'un terrain du domaine urbain, les administrations sont le ministère technique dont relèvent la Construction et l'Urbanisme, le ministère des Finances représenté par le service du cadastre et de la conservation foncière. En effet, selon la législation foncière antérieure dans ces États parties²⁹¹, reprise par l'Acte Uniforme OHADA sur les sûretés²⁹² seules les terres immatriculées peuvent faire l'objet d'hypothèque.

285. Quand on sait que la plupart des sols ressortissent de la domanialité publique²⁹³, on se rend compte que seule une poignée de particuliers privilégiés est capable de répondre à l'attente des banquiers. En effet, en 1964, la création d'un domaine national par la loi²⁹⁴ au Sénégal, a eu pour fonction de purger le sol de droits coutumiers et à « *senegaliser* »²⁹⁵ le décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique Occidentale.

286. En principe, depuis la fin de la période transitoire²⁹⁶, avec le gel de la diffusion de la propriété, seul l'État peut procéder à l'immatriculation des terres en son nom. C'est là une conséquence grave pour les particuliers. Ainsi, l'impossibilité d'obtenir de nouveaux

²⁸⁹ V. C. GARRIER, *op. cit.*, p. 36.

²⁹⁰ *Idem.*

²⁹¹ V. par exemple art. 906 du C.O.C.C Sénégalais qui dispose que : « *Seuls les immeubles immatriculés peuvent faire l'objet d'hypothèque* ».

²⁹² V. art. 192 alinéa 1^{er} AUS : « sauf dispositions contraires, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque ».

²⁹³ V. J.-M. BRETON, « Le domaine d'État », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, T. 5, NEA, 1982, p. 201-240. ; V. art 1^{er} de l'ordonnance n°00-027/p-rm du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier de la république du Mali modifiée par la loi n° 02-008 du 12 février 2002 qui dispose que : Le domaine national du Mali, qui englobe l'espace aérien, le sol et le sous-sol du territoire national, comprend :

a) les domaines public et privé de l'État du Mali ;
b) les domaines public et privé des collectivités territoriales ;
c) le patrimoine foncier des autres personnes, physiques ou morales.

²⁹⁴ Au Sénégal loi n° 64-46 du 17 juin 1964 relative au domaine national, modifiée par la loi n° 2011-07 du 30 mars 2011 portant régime de la Propriété foncière.

²⁹⁵ L. BADJI, « La réforme du droit foncier Sénégalais », consulté le 27 janvier 2015 sur : <http://www.rewmi.com>.

²⁹⁶ L'État Sénégalais, peut être pour éviter les réactions hostiles des populations à l'époque et les conséquences désastreuses de l'application brutale de la loi sur le domaine national, avait imparti aux particuliers de procéder à l'immatriculation des terres qu'ils occupent ou ils sont propriétaires. Pour les occupants, il fallait satisfaire à une condition de mise ne valeur, constatée par l'administration, et introduire la demande d'immatriculation dans un délai de six mois suivant la date de publication du décret du 30 juillet 1964 portant application de la loi de juin 1964 sur le domaine national, sus citée.

titres fonciers réduit considérablement leur potentiel de crédit²⁹⁷. Or c'est état de fait qui a suscité l'adoption de certaines lois comme celle portant sur le domaine national au Sénégal²⁹⁸ ou en Côte d'Ivoire. En effet, l'original du titre foncier est systématiquement demandé par les banques au moment de la constitution de l'hypothèque. Il faut rappeler que le titre foncier constitue, le seul moyen de preuve du droit de propriété dans la majorité des États membres de l'OHADA²⁹⁹. L'usucapion étant totalement exclue, la possession immobilière ne peut en aucun cas servir de preuve ; de même, elle ne saurait jouer un rôle acquisitif, quelle que soit la durée.

287. On devrait peut-être se féliciter de cette solution en ce sens qu'elle permet aux particuliers de bénéficier d'une situation juridique stable : l'inscription du nom du propriétaire au livre foncier lui confère un droit définitif et inattaquable dont l'étendue est déterminée par les énonciations du titre.

288. Si aucune mutation ne peut plus se faire sans intervention de l'État, l'inconvénient du système reste que les immatriculations foncières ne sont plus possibles qu'au nom de l'État. Certainement, la solution eût été heureuse si elle était différente.

²⁹⁷ V. A. N'DIAYE, « La réforme des régimes fonciers au Sénégal : condition de l'éradication de la pauvreté rurale et de la souveraineté alimentaire », consulté le 26 janvier 2015 sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/> ; Quant aux propriétaires (ceux qui disposent d'un acte transcrit à la conservation des hypothèques suivant les règles du code civil français), ils devaient requérir l'immatriculation de leurs immeubles dans un délai de deux ans suivant l'entrée en vigueur de la loi sus citée, à défaut lesdits immeubles étaient tout simplement incorporés au domaine national(art 14 L. 64-46). Mais là aussi, la justification de l'origine de la propriété, condition de l'immatriculation, posait un énorme problème du fait des dévolutions successorales. Pour une étude détaillée de ces problèmes voir M. DEBENE et M. CAVERIVIERE, « La cour suprême et la terre », in *Les cours suprêmes en Afrique*, colloque de Paris, 8, 9 et 10 juin 1987, Economica, Paris.

²⁹⁸ Selon LANDING BADJI, les objectifs visés par la loi 64-46 du 17 Juin 1964 relative au domaine national étaient « d'assurer une utilisation et une mise en valeur rationnelles des terres ». C'est pourquoi, toutes les terres qui n'étaient pas classées dans le domaine public ou dont la propriété n'était pas inscrite au Bureau de la Conservation foncière en 1964, relèvent désormais « de plein droit », c'est-à-dire sans aucune procédure, du domaine national. Lequel a été divisé en quatre catégories : « zones urbaines », « zones classées », « zones des terroirs » et « zones pionnières ». Dès lors, « les terres du domaine national ne peuvent être immatriculées qu'au nom de l'État », L. BADJI, *op. cit.*, <http://www.rewmi.com>.

²⁹⁹ Voir en ce sens le guide du contribuable, éd. 2011, produit par la direction générale des impôts en Côte d'Ivoire qui indique les étapes à suivre pour obtenir le titre foncier. A la lecture, il est à constater un assouplissement formel de la procédure et une relative diminution des frais. V. dans ce sens les articles 1^{er} à 7 de l'ordonnance N°74/1 du 6 juillet 1974 fixant le régime foncier au Cameroun, modifiée et complétée par l'Ordonnance N° 77/1 du janvier 1977, qui rendent l'actif immobilier rare. Il ressort des dispositions combinées de ces articles que seule l'obtention d'un titre foncier à la suite d'une procédure d'immatriculation donne droit à la propriété foncière. C'est la seule façon de devenir titulaire du droit de propriété en matière immobilière au Cameroun.

En effet, la majorité des occupants du sol ne possède pas de titres fonciers³⁰⁰ dans la plupart des États membres. Cette situation s'explique généralement par le fait que la plupart des populations surtout en zone rurale rechignent à engager les procédures pour l'obtention du titre foncier parce qu'elles ne sentent pas de pression et ne semblent pas avoir conscience du danger qu'elles courent à ne pas engager cette procédure. D'autre part, il convient de préciser dans les raisons qui inspirent cette nonchalance des populations, sans distinctions, le coût de la procédure. Le coût prohibitif de la procédure pour des populations en majorité analphabète et insuffisamment informées sur la nécessité pour elles d'obtenir un titre de propriété sur des terres qu'elles détiennent généralement par l'effet de la tradition et de la coutume ne les poussent guère à solliciter un certificat foncier voire un titre de propriété.

289. Afin de régler ce genre de situation et accélérer l'obtention de l'immatriculation de leur terre par les populations rurales, certains pays comme le Bénin ou la Côte d'Ivoire ont procédé à une division de leur loi foncière depuis les années 1970. Ainsi, depuis la loi de 1998³⁰¹ en Côte d'Ivoire cohabitent deux « domaines » distincts, l'un rural qui relève de l'autorité du ministre chargé de l'Agriculture, l'autre urbain qui dépend du ministre chargé de la Construction.

290. L'institution de ces deux domaines fonciers n'a malheureusement pas atteint l'objectif escompté en témoigne les différentes réformes qui ont suivi leur adoption. Ainsi, le peu d'engouement et le désintérêt des populations ivoiriennes a obligé les autorités à procéder à une prorogation du délai accorder aux populations rurales pour solliciter l'immatriculation de leur propriété³⁰². En zone urbaine il est institué dorénavant à la place de l'ancien titre foncier un nouveau document appelé arrêté de Concession définitive (ACD) censé mettre fin aux différentes tracasseries qui entouraient l'obtention de l'ancien titre de propriété. Mais un an après son lancement, et de l'aveu même du ministre de la construction et de l'urbanisme, les résultats sont en deçà des attentes, car à peine trois mille demandes

³⁰⁰ L'assistant technique du Directeur régional de l'agriculture de San Pedro, Atchori Esmel Laurent, a indiqué à un atelier sur la loi du foncier rural que depuis l'entrée en vigueur de cette loi en 1998, seulement cinq personnes ont immatriculé leurs terres dans le département de San Pedro pour une superficie totale de 1366 hectares. Article consulté le 27 janvier 2015 sur : <http://news.abidjan.net/h/513708.html>.

³⁰¹ V. Loi n°98-750 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rurale en Côte d'Ivoire modifiée par les lois n° 2004-412 du 14 août 2004 et n° 2013-655 du 13 septembre 2013 relative au délai accordé pour la constatation des droits coutumiers sur les terres du domaines coutumier et portant modification de l'article 6 de la loi n° 98-750 du 23 décembre 1998.

³⁰² *Idem*.

d'ACD ont été effectuées. Et les raisons de ce décollage difficile se trouveraient toujours selon lui dans « les frais d'aliénation qui sont coûteux »³⁰³.

291. Se pose alors la question de leur accès au crédit. On se doit de rappeler que l'hypothèque ne peut porter que sur les fonds bâtis ou non bâtis immatriculés ou sur les droits immobiliers inscrits au livre foncier³⁰⁴. Mais à partir du moment où l'immatriculation s'attache à la parcelle, il est évident qu'il ne peut y avoir de sûreté réelle que lorsque le sol est approprié. Par conséquent, les particuliers ne peuvent utiliser leurs immeubles bâtis pour obtenir des prêts des banques que s'ils sont construits sur leur propriété ou celle de l'État.

292. Afin de permettre aux particuliers d'accéder au crédit, l'État peut, par le démembrement de sa propriété, accorder des droits réels aux occupants de son domaine privé. Susceptibles d'hypothèque, ces droits réels (emphytéose et droit de superficie) assurent-ils pour autant aux particuliers une réelle stabilité ? La réponse doit être appréciée par rapport à la capacité des bénéficiaires à disposer de leur droit.

293. On observera, tout d'abord, que si les particuliers peuvent faire des actes de disposition, ceux-ci sont soumis au contrôle de l'administration. C'est ainsi que, par exemple, dans un bail emphytéotique, l'administration peut soumettre à autorisation la constitution d'hypothèque (voir article du code du domaine public). Ensuite, et c'est la faiblesse de ces démembrements, les droits réels accordés aux particuliers sont temporaires, avec charge de mise en valeur pour le bénéficiaire. L'obligation de mise en valeur constitue, sans aucune contestation, un obstacle à la stabilité dans la mesure où, si elle n'est pas exécutée, les droits réels seront résolus. Par conséquent, on s'aperçoit que le bénéficiaire n'a qu'une stabilité relative liée à un droit précaire et révocable. La garantie que confère un tel droit au bailleur de fonds a la même valeur : il n'est jamais sûr d'être remboursé du fait que le droit réel sur lequel porte sa garantie peut disparaître à tout moment.

³⁰³ V. <http://news.abidjan.net/h/511903.html>, consulté le 28 janvier 2015. ; égal. les propos du ministre de l'agriculture Mamadou Sangafowa Coulibaly à l'occasion de la réception des recommandations de l'atelier de réflexion sur la relance de la mise en œuvre de la loi sur le foncier rural en janvier 2015, témoignent du peu d'intérêt accordé par les populations à l'immatriculation de leur terre. Il fait ainsi l'aveu que : « La sécurisation foncière, première garantie pour les investissements à long terme piétine depuis une quinzaine d'année. Seulement, 809 certificats fonciers ont été délivrés sur superficie cumulées de 35.461,80 hectares, soit 0,15% des 23 millions d'hectares de terres rurales que compte la Côte d'Ivoire, indique-t-on ». Article disponible ici : <http://news.abidjan.net/h/523831.html>. Consulté le 31 janvier 2015.

³⁰⁴ V. Art. 192 AUS.

294. En faisant du titre foncier (certificat foncier) le seul et unique mode de preuve d'acquisition du droit de propriété, l'État a voulu, par ce choix, s'assurer un contrôle sur l'utilisation rationnelle des terres du pays. Même s'il est vrai que l'adoption du régime du livre foncier comme unique mode d'appropriation privée du sol assure une totale sécurité aux transactions, elle ne va pas sans poser d'énormes problèmes³⁰⁵.

295. D'abord, le bon fonctionnement du système suppose une gestion rigoureuse des dossiers et un respect strict des procédures ; aujourd'hui encore, il est possible de trouver des parcelles faisant l'objet de multiples immatriculations³⁰⁶. En effet, conscients du fait que le titre foncier une fois obtenu est définitif, intangible et inattaquable, certains acquéreurs peuvent, avec la complicité des agents du service de la conservation foncière, organiser des fraudes contre les propriétaires de terrains.

296. L'insuffisance de formation du personnel et la pénurie des moyens conduisent à cette intolérable. Celle-ci est d'autant plus inadmissible qu'elle peut entraîner de graves conséquences, compte tenu de la force probante absolue attribuée par la loi au titre foncier. Malheureusement, les banques qui exigent l'hypothèque et le titre foncier au moment du prêt ne se doutent pas qu'il puisse y avoir de faux titres fonciers. Elles ne s'en rendent compte qu'au moment de la réalisation de l'immeuble hypothéqué. Dans ces conditions, le titre foncier peut-il continuer à avoir une force probante absolue ?

297. Nous pensons que compte tenu des fraudes possibles, aussi bien l'immatriculation que son résultat doivent pouvoir faire l'objet d'un recours en contentieux puisque, et la pratique le montre, la force probante du titre foncier n'est plus "absolument" absolue.

Au-delà de ces problèmes exposés, l'hypothèque répond par ailleurs à une procédure assez contraignante due à sa lourdeur aussi bien dans sa constitution que dans sa mise en œuvre.

³⁰⁵ V. I. ZERBO, *op. cit.*, « La réforme foncière au Burkina », Revue Juridique et Politique des États Francophones, n°3, juillet-septembre 2014, p. 394 et 395.

³⁰⁶ Voir dans ce sens en cote d'ivoire affaire M.E.S.R.S et Église des assemblées de DIEU en novembre 2012 sur une parcelle sur laquelle l'église prétendait posséder un titre foncier de 1996 Le titre foncier du ministère datant lui de 1969. Cf. www.rti.ci/actualite-2087-accord-trouve-entre-le-ministere-de-l-enseigne...; <http://www.avenue225.com/bacongo-decide-du-partage-du-site-des-assemblees-de-dieu-de-cocody-revue-de-presse>

B. La persistance de la lourdeur procédurale

298. Malgré le rôle prépondérant qu'elle occupe au niveau des garanties bancaires, force est de constater que l'hypothèque n'est peut-être pas la sûreté idéale dont rêvent les banquiers. En effet, les formalités auxquelles elle est soumise, tant à la constitution qu'à la réalisation, constituent un sérieux handicap.

299. La constitution d'hypothèque entraîne des formalités très longues et assez coûteuses³⁰⁷. Ainsi, la banque doit obtenir des renseignements précis sur l'immeuble. Si certains sont fournis par le titre foncier lui-même³⁰⁸ d'autres ne peuvent être obtenus qu'auprès du service de la conservation foncière. C'est pour cette raison que les banquiers interrogent le service des domaines sur l'état des charges affectant l'immeuble avant de prendre leur décision. Le but est de s'assurer qu'aucune hypothèque n'a été déjà prise, pour éviter la concurrence d'autres créanciers. Ensuite, la constitution nécessite l'intervention d'un

notaire (pour la passation du contrat) et de l'administration (pour l'inscription au livre foncier). Il va sans dire que l'élaboration de tels actes entraîne des frais relativement importants et des délais supplémentaires pour la constitution. En effet, la constitution de la garantie hypothécaire requiert forcément quatre pièces à savoir la grosse de l'acte de prêt, un acte notarié avec affectation hypothécaire ; le certificat d'inscription hypothécaire et la copie du titre foncier.

300. La formalisation du titre de la garantie hypothécaire est un processus fastidieux³⁰⁹ pour le client, car il doit braver toutes les tracasseries visant à faire déplacer le

³⁰⁷ v. F. CHALVIGNAC, « L'hypothèque, une sûreté promue ou à promouvoir ? in *RLDA*, n°14, mars 2007, n°16 qui soutient qu'en France les établissements bancaires ont une plus grande préférence pour les cautions délivrées par les sociétés de caution à cause de son coût. Ainsi, plus de 80% des prêts aux particuliers sont réalisés sans garantie hypothécaire sauf dans les cas où le débiteur est jugé peu sûr, que son projet est risqué, que ses revenus sont aléatoires... etc.

³⁰⁸ V. Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française. Disponible ici : <http://www.foncierural.ci/reglementation-fonciere-rurale/13-decrets-d-application/39-decret-du-26-juillet-1932-portant-reorganisation-du-regime-de-la-proprieete-fonciere-en-afrique-occidentale-francaise>. Consulté le 21 Février 2015.

³⁰⁹ Ce délai est de 50 jours pour l'accomplissement de ces formalités en raison des exigences d'instruction au BENIN, V. A. A. SANI, *La problématique de la réalisation des hypothèques bancaires au Bénin*, Mémoire DESS, université ABOMEY-CALAVI, 2002.

débiteur de la banque vers le notaire et du notaire vers les bureaux de conservations des domaines.

D'ailleurs, le reproche que les banquiers font au système du livre foncier concerne la lenteur de l'inscription de l'hypothèque. Il peut même arriver que la délivrance du certificat d'inscription ne puisse être obtenue jusqu'au remboursement total du crédit par le client³¹⁰. Au niveau du service des domaines, on explique ces lenteurs par un manque notoire de personnel. Si cet argument peut être accueilli, on ne peut manquer de faire observer que malgré tout, l'homme pressé qui accepte de déboursier de l'argent arrive souvent à débloquer la machine administrative. C'est justement à ce niveau que doit commencer la modernisation de l'administration.

301. Cette situation est d'autant plus regrettable que le système de publicité foncière prévoit des règles très strictes, peu compatibles avec la rapidité que nécessite les opérations du crédit bancaire. En effet, selon l'article 206 de l'AUS, tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est juste « une promesse synallagmatique » qui oblige les parties à procéder à la publicité de leur contrat par son inscription au livre foncier³¹¹.

302. Il en résulte que cette inscription est à la fois une condition substantielle et condition de forme. Mais les banques n'ont, semble-t-il, pas encore mesuré l'importance de ces dispositions. En effet, et la pratique locale le prouve, ces dernières, une fois le contrat d'hypothèque signé, débloquent automatiquement les fonds. Cette attitude est dangereuse quand on sait que, dans certains cas, le créancier n'est pas sûr d'obtenir le certificat

d'inscription, malgré les multiples rappels faits au notaire chargé de faire inscrire la sûreté au niveau de la conservation foncière.

303. Cette situation, qui paraît invraisemblable, reflète pourtant la réalité dans la plupart des États membres de l'OHADA. Les inquiétudes sont pleinement justifiées quand on

³¹⁰ Entretien avec M. André N'DRI, responsable du contentieux et recouvrement, de la B.I.A.O (Banque internationale de l'Afrique de l'ouest) à Abidjan en Avril 2012.

³¹¹ T.c.a., Jugement contradictoire du 04 décembre 2014. Pour débouter la demanderesse le tribunal a retenu que : « ...la signification de l'ordonnance ordonnant l'inscription conservatoire d'hypothèque au conservateur de la propriété foncière, n'emporte pas d'elle-même inscription de cette hypothèque ; (...), le Tribunal ne pouvant valider et ordonner une inscription définitive d'une hypothèque que si elle a été effectivement conservatoirement inscrite ».

sait que tant la validité de la sûreté que le rang de l'hypothèque sont subordonnés à l'accomplissement des formalités d'inscription au livre foncier.

304. Cette solution consistant à combiner les règles de fond et de forme sous une formule, traduit la volonté des États d'assurer un contrôle sur les différentes opérations qui affectent le sol. Certes, la solution a l'avantage d'être en harmonie avec les principes directeurs du droit (exécution de l'obligation de délivrance pour parfaire le contrat de vente, inscription au RCCM du nantissement du fonds de commerce, etc.), mais, en l'espèce, elle présente l'inconvénient de laisser le banquier dans une situation d'incertitude.

305. La meilleure solution aurait consisté, sans dissocier les règles de fond et de forme, à impartir au pourvoyeur de crédit un délai pour l'inscription, délai au-delà duquel l'acte constitutif serait nul. Ainsi pourrait-on imaginer un système calqué sur celui du RCCM dans lequel le défaut d'inscription du nantissement ou du gage dans la quinzaine de l'acte constitutif entraîne la nullité de ce dernier. Ce serait une façon de mettre l'état devant ses responsabilités pour l'amener à supprimer les goulots d'étranglement.

306. Tout compte fait, le système de l'inscription, s'il est très efficace pour le contrôle de la mutation du droit de propriété entre particuliers, demeure très inadapté pour la constitution des sûretés. Et quelle que soit la vertu que lui assignent les banquiers, l'hypothèque présente un énorme risque. En effet, les pourvoyeurs de crédit ont l'habitude de débloquer les fonds après la signature du contrat d'hypothèque alors que leur garantie n'est constituée qu'après l'accomplissement des formalités d'inscriptions.

307. Reprenant les dispositions de l'article 209 du Code civil, les Actes uniformes de l'OHADA disposent que « *l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer ...* »³¹².

Nous en déduisons qu'une défaillance dans l'application de ce texte constitue une cause de nullité ou d'inopposabilité de l'hypothèque. Ceci traduit donc que l'inscription pour prise de rang soit fondamentale dans la procédure de constitution de la garantie hypothécaire. Mais il

³¹² V. art. 203 alinéa 1^{er} AUS.

se trouve que cette formalité, dont la finalité, est de permettre aux partenaires de crédit de contourner les risques, reste pour beaucoup un formalisme dangereux.

308. Les Actes uniformes de l'OHADA disposent que « *lorsque les faits ou conventions susceptibles d'être publiés se produisent ou sont conclus au cours de la procédure d'immatriculation, l'inscription ne peut être opérée qu'après l'établissement du titre foncier. Toutefois, il est loisible au bénéficiaire du droit à inscrire, pour prendre rang et rendre ledit droit opposable aux tiers, d'effectuer sans attendre l'achèvement de la procédure, le dépôt est mentionné au registre des oppositions, et, au jour de l'immatriculation, reporte, avec rappel de sa date, au registre des dépôts au rang qui lui est assigné par le premier enregistrement* »³¹³.

309. C'est ce que dans la pratique, certains auteurs appellent « *hypothèque sous la condition suspensive de la création du titre foncier* »³¹⁴. Les Actes uniformes portant organisation des sûretés disposent que : « *l'hypothèque est un acte solennel pour la validité duquel l'écrit est exigé. Cet écrit doit revêtir la forme authentique établie par le notaire territorialement compétent ou par l'autorité administrative ou judiciaire habilitée* »³¹⁵.

De même que l'article 41 du décret de 1932³¹⁶, l'article 205 des Actes uniformes portant organisation des sûretés admet la prise d'hypothèque par acte sous seing privé qui, sans l'inscription au livre foncier, n'a que la valeur de promesse de garantie. En fait, l'inscription de l'hypothèque est une mesure de publicité vis-à-vis des tiers telle que le prévoyait le décret de 1932 qui dispose que : « *les droits réels constitués sur les immeubles n'ont de valeur à l'égard des tiers que si leur publication aux livres fonciers est assurée par la formalité d'inscription* »³¹⁷.

310. Les Actes uniformes portant organisation des sûretés n'ont fait que renforcer cette disposition en alertant que « *tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est*

³¹³ Ancien art.192 AUS.

³¹⁴ A. ANDRÉ, *Traité pratique du régime hypothécaire*, éd., Marchal et Billard, Paris, 1882.

³¹⁵ V. art. 205 AUS.

³¹⁶ Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française. Disponible ici : <http://www.foncierural.ci/reglementation-fonciere-rurale/13-decrets-d-application/39-decret-du-26-juillet-1932-portant-reorganisation-du-regime-de-la-propriete-fonciere-en-afrique-occidentale-francaise>. Consulté le 21 Février 2015.

³¹⁷ Cf. art. 130 du décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation de la propriété foncière applicable au Sénégal, en Mauritanie, au Mali, en Guinée, au Burkina Faso, au Niger, au Bénin et en Côte d'Ivoire.

inopposable aux tiers et constitue entre les parties, une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité »³¹⁸.

311. À la lumière de ce développement, on en vient à déduire que le fondement de l'inscription est de protéger au même titre que le créancier, les tiers qui doivent être en mesure de connaître immédiatement le passif hypothécaire d'un éventuel contractant. C'est d'ailleurs à partir du jour de l'inscription que l'hypothèque prend rang conservant la sûreté jusqu'à la publicité de l'acte libératoire. L'inscription confère au créancier un droit de préférence et un droit de suite.

312. Toutes ces mesures devaient suffire à rassurer les partenaires à l'acte de constitution d'hypothèque et à les épargner de toute imprudence, de tout risque et de toute aventure. Mais malgré ceci, force est de constater que ce formalisme peut, dans son application, conduire à quelques déboires.

313. D'abord, aussi bien le décret de 1932 que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés restent indifférents à la question du moment précis du dépôt. Étant donné que l'inscription confère rang, les textes restent silencieux sur le cas de deux inscriptions opérées à une même date, une le matin et l'autre le soir. Un tel silence peut conduire à un juridisme handicapant sujet à des interprétations diverses. Or l'esprit d'une codification doit être de prévenir toutes sortes de conflits et d'éviter au juge des recours aux solutions jurisprudentielles là où ce n'est pas nécessaire.

314. En outre, en acceptant que l'acte sous seing privé puisse servir d'inscription de rang, le législateur OHADA n'a perçu que l'impératif de simplification des formalités aux constituants des hypothèques, ignorant les problèmes qu'une telle complaisance pourrait poser plus tard. En fait, l'acte authentique d'affectation hypothécaire délivré par le notaire a, contrairement à l'acte sous seing privé, l'avantage de contenir la formule exécutoire. L'article 33 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution dresse limitativement la liste des titres exécutoires dans laquelle ne figure pas l'acte sous seing privé. Et, la formule qui consisterait à ce que les parties, en de telles situations délicates, conviennent expressément de formaliser leurs accords dans un procès-

³¹⁸ Cf. art. 129 du décret précité ; art. 206 AUS.

verbal de conciliation avec en son sein une affectation hypothécaire signée par elles et le juge, n'annule-t-elle pas la vision simplificatrice initiale ayant dicté l'admission de l'acte sous seing privé³¹⁹ ? À quoi sert une mesure d'application des textes si dans sa finalité, elle ne permet pas d'atteindre l'objectif escompté ?

315. Il nous apparaît souhaitable que le principe rigoureux d'inscription de rang fasse l'objet d'une large vulgarisation afin que les parties sachent que la date de signature de la convention ne confère rang et ne donne aucun droit de suite et de préférence; mais plutôt la date d'inscription.

316. Une autre insuffisance réside dans la légèreté avec laquelle les Actes uniformes portant organisation des sûretés traitent la mesure de notification par acte extraordinaire³²⁰ du propriétaire, du créancier et du bailleur sur l'inscription d'une hypothèque portant sur un démembrement du droit de propriété. Cette mesure devrait s'analyser en terme d'obligation et même de condition d'inscription.

317. Il est vrai que le souci du législateur de l'OHADA est de favoriser la flexibilité dans le monde des affaires et d'éviter des situations d'hésitation et de blocage souvent préjudiciables à la saisie des opportunités. Toutefois, la question de démembrement du droit de propriété en raison de sa sensibilité mérite d'être abordée avec assez de rigueur. Pire, cette question de démembrement vient en contradiction avec l'article 203 des mêmes Actes uniformes qui voudrait que par rapport aux conditions de forme, le constituant ait la qualité de propriétaire ou de titulaire du droit à grever et ait la capacité de disposer du bien hypothéqué.

318. De façon récapitulative, la constitution de l'hypothèque bancaire est une procédure qui s'analyse en une chaîne d'opérations liées les unes aux autres. Cette succession d'opérations engendre justement des frais financiers de la part du débiteur constituant. Il faut parler de l'enregistrement de l'acte ; de la transcription de l'hypothèque chez le conservateur foncier, de la rédaction de la grosse par le notaire sans oublier la nécessaire vérification de la matérialité de l'immeuble occasionnant parfois la commission d'un expert. Il est même

³¹⁹ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. Lamy axe droit, éd. LAMY, *op. cit.*, n°435, pour qui la possibilité de constituer une hypothèque par acte sous seing privé est une initiative vouée à ne pas connaître un franc succès au regard du contexte. Une harmonisation ou une imposition d'un acte modèle aurait pu être prévue par le législateur afin d'éviter cet échec prévisible

³²⁰ V. art. 195 AUS.

parfois demandé au débiteur-garant au cas où son immeuble ne fait pas foi, de faire accompagner sa garantie d'un nantissement de compte dépôt à terme plus une caution personnelle et solidaire à due concurrence. Toutes ces formalités entraînent des frais et de l'avis des milieux bancaires, les opérations de constitution de la garantie hypothécaire peuvent parfois coûter pour le garant environ 10% du montant de crédit sollicité.

Si à ce montant auquel ne sont inclus les faux frais du phénomène corruption, il faudrait ajouter le taux d'intérêt de la banque, que restera-t-il du crédit obtenu? Il est vrai que la saisie d'une opportunité d'affaires, le rêve de réaliser un projet capital pour l'avenir ou d'insuffler une nouvelle dynamique à son entreprise aveugle très souvent les demandeurs de crédit sur les dépenses qu'ils effectuent dans le cadre de la constitution des dossiers de garantie. C'est bien souvent à la suite de l'octroi du crédit que les débiteurs, ont le temps de faire le bilan et de se rendre compte de la lourdeur des engagements financiers à honorer aussi bien vis-à-vis des banques que des tiers. Ceci constitue bien évidemment une des causes de l'inexécution des obligations.

319. Il s'impose que l'esprit et la procédure de constitution des garanties hypothécaires fassent l'objet d'une révision beaucoup plus adaptée. Mais là n'est pas seulement le problème, il faut penser également à la mise en harmonie des textes en rapport avec la garantie hypothécaire par le législateur OHADA. Les réformes entreprises ne semblent pourtant pas emprunter cette voie.

§.2. Les réformes entreprises

320. La refonte des règles sur l'hypothèque est à saluer, car elles ont contribué à l'amélioration de l'efficacité de cette garantie phare. Ces changements dans une analyse plus en profondeur s'avèrent insuffisants (A), car ils passent sous silence des avancées notables (B) en la matière qui peuvent contribuer à redonner de l'intérêt pour l'hypothèque.

A. Des conditions essentielles partiellement améliorées

321. L'hypothèque a été maintenue comme la seule sûreté immobilière, en droit OHADA des sûretés. Les dispositions de l'ancien Acte ont été reprises pour la plupart sous une nouvelle numérotation.

322. Cependant, des innovations ont été introduites dans la définition, l'assiette, l'inscription et la réalisation de l'hypothèque, l'objectif étant de la rendre plus attractive et de créer les conditions pour développer le crédit hypothécaire dans l'espace OHADA³²¹.

323. Le droit des hypothèques est désormais régi, dans la mouture actuelle du projet de texte, par les articles 190 à 223 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ces dispositions reprennent, dans l'ensemble, les articles 117 à 146 de l'AUS de 1997.

D'une manière générale, les anciennes dispositions ont été reconduites sans modification, sauf pour mettre à jour les renvois et faire référence aux nouveaux articles.

Cependant, le législateur, en s'inspirant de textes issus du droit français, a amendé, de façon substantielle, certaines dispositions générales de l'AUS de 1997, et introduit quelques innovations dans la réalisation de la garantie hypothécaire³²².

Les principaux amendements opérés par le projet de réforme de l'Acte uniforme sur les sûretés, et qu'on pourrait qualifier de substantiel, sont relatifs à la définition de l'hypothèque(1), à l'admission de modalités presque nouvelles hypothèques(2), et à l'inscription des hypothèques (3).

1. La définition de l'hypothèque

324. À la différence du droit antérieur qui définissait l'hypothèque comme « *une sûreté réelle immobilière conventionnelle ou forcée qui confie à son titulaire un droit de préférence* »³²³, le nouvel article 190 y voit « *l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'un ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables* ».

Le législateur définit désormais l'hypothèque, et partant, la sûreté réelle, à partir de son assiette, et a supprimé dans les différents types d'hypothèques le mot « forcé », sans raison apparente.

325. La définition de l'hypothèque par son assiette. Contrairement à l'ancien article 117 qui définissait l'hypothèque comme une sûreté réelle immobilière conférant à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence, le nouvel article 190 alinéa 1^{er} y voit « *l'affectation*

³²¹ V. M. BRIZOUA-BI, « L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques », Dr. et patr., n°197, novembre 2010, p. 86.

³²² V. *infra* p.147.

³²³ V. art. 117 anc. AUS.

d'un immeuble déterminé ou indéterminé appartenant au constituant en garantie...», alors que le nouvel article 4 alinéa 2 reprend la définition de l'ancien article 2 alinéa 2 reposait sur les prérogatives du créancier hypothécaire.

326. En fait, le nouvel Acte fait reposer l'hypothèque sur la technique de constitution de cette sûreté, c'est-à-dire l'affectation d'un bien au profit du créancier, qui décrit en réalité le processus plutôt que la définition de cette sûreté. Il s'agit donc de la description de l'opération. Ne s'agit-il pas de définir la sûreté selon son assiette?

La question se pose alors de savoir si l'ancien Acte, en définissant l'hypothèque comme il l'avait fait, avait quelque chose à se reprocher quand on constate qu'il s'était distingué, dans son esprit, du droit français³²⁴. Nous nous demandons aussi pourquoi les rédacteurs du nouvel Acte n'ont pas conservé cette définition plutôt que de décrire l'opération à travers son mécanisme, qui n'est pas une définition. Il aurait été plus simple de « calquer »³²⁵ l'article 2393 du Code civil français, puisqu'ils s'en sont inspirés fortement.

2. Les différents types d'hypothèques

327. Le nouvel article 190 en son alinéa 2 distingue entre hypothèque légale, conventionnelle et judiciaire alors que l'ancien, distinguait entre hypothèque conventionnelle et hypothèques forcées, celles-ci comprenant l'hypothèque légale ou judiciaire, c'est-à-dire celle conférée sans le consentement du constituant, soit par la loi, soit par une décision de justice.

328. Quel est l'intérêt de la suppression du mot « forcé » par le nouvel Acte, dès lors qu'on retrouve comme par le passé les trois catégories d'hypothèque à la différence que l'ancien a regroupé sous ce terme les hypothèques conférées sans le consentement du débiteur ? En quoi le maintien d'« hypothèques forcées » pouvait-il constituer un obstacle à l'attractivité des hypothèques en droit OHADA³²⁶. D'ailleurs, force est de constater que la

³²⁴ Contra. V. M. BRIZOUA-BI, *op. cit.*, p. 86 qui juge cette définition heureuse en comparaison à celle donnée par l'ancien AUS.

³²⁵ K. M. BROU, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », p. 27, Ohadata D-13-23, disponible ici : <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-13-23.html>. Consulté le 12 février 2015.

³²⁶ Nulle part les rédacteurs n'apportent un début de réponse, si ce n'est pour recopier le droit français. Mais pour faire plaisir à qui ? En tout cas pas au monde des affaires, et aux praticiens du droit des hypothèques qui, depuis plus de 13 ans se sont habitués à cette terminologie.

volonté profonde du législateur OHADA est de maintenir « hypothèques forcées »³²⁷. La distinction faite par l'ancien Acte devrait donc être maintenue, puisque la suppression n'a pas été prise en compte dans le reste du texte.

On relèvera également que le nouvel article 209 reprend l'article 132 de l'AUS de 1997, en supprimant l'alinéa 2 sur l'exigence du caractère déterminé des immeubles objet d'hypothèque forcée. Cet alinéa devenait d'ailleurs incompatible avec l'article 190 du nouvel AUS qui admet l'hypothèque des immeubles déterminables.

Cette suppression participe, sans nul doute, de la volonté du législateur de rendre moins rigide et plus attractif le régime des hypothèques. Cette attractivité qui est, de surcroît, renforcée par la possibilité de consentir une hypothèque pour une créance qui n'est pas encore née, à condition que celle-ci soit déterminée ou déterminable. Une telle option contribuera certainement au développement du recours à l'hypothèque, comme un outil de garantie du crédit.

a. L'hypothèque des immeubles futurs

329. Il a été introduit dans l'article 203, alinéa 2, du projet de réforme, la possibilité exceptionnelle d'hypothéquer un immeuble futur sur le modèle de l'article 2420 du Code civil français.

Cette innovation majeure s'inscrit dans la volonté constante du législateur de faciliter davantage l'accès au crédit.

Il s'agit d'une exception au principe selon lequel l'hypothèque conventionnelle ne peut-être consentie que par celui qui est propriétaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer.

330. Pour des pays qui sont en construction ou comme on le dit couramment, en voie de développement l'interdiction de l'hypothèque des biens futurs était difficilement explicable,³²⁸ car elle présentait plus d'inconvénients que d'avantages pour eux. En effet, elle était incommode pour le développement du crédit en ce sens qu'elle en restreignait le bénéfice à ceux qui étaient capables de constituer des sûretés.

³²⁷ Il suffit de parcourir les dispositions régissant l'hypothèque pour s'en convaincre : cf. article 191. Le titre du chapitre 3, articles 209 et suivants reprenant la distinction hypothèques forcées légales et hypothèques forcées judiciaires.

³²⁸ V. Dans ce sens, G. A. KOUASSIGNAN, *op. cit.*, p. 170.

331. L'exception d'hypothéquer un immeuble futur est calqué sur le droit français, en vue de faciliter l'accès au crédit, de sorte qu'hypothéquer des biens à venir n'est plus prohibé.

L'hypothèque ne peut donc, en principe, porter sur ces biens. Mais les exceptions prévues, en principe pour tenir compte des exigences du crédit, font cependant douter du succès futur de ce principe³²⁹.

L'article 203 précité prévoit trois hypothèses dans lesquelles une hypothèque sur un immeuble à venir pourra être consentie. Peut ainsi hypothéquer un immeuble futur :

1° celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance ; il pourra être prévu que chacun des immeubles acquis par la suite sera hypothéqué ;

2° celui dont l'immeuble présent hypothéqué a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour constituer la sûreté de la créance ; il pourra être également prévu que chacun des immeubles acquis par la suite sera affecté au paiement de ladite créance, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement;

3° celui qui possède un droit actuel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui des bâtiments dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement. Ce cas permet d'hypothéquer un immeuble à construire pour obtenir un crédit destiné à financer cette construction.

Il résulte de tout ce qui précède que le bien à venir est celui sur lequel le débiteur ne dispose d'aucun droit même conditionnel, puisqu'aucun engagement contractuel n'a été consenti.

b. L'hypothèque des immeubles indivis

332. L'article 194 du projet de réforme a modifié l'article 121 de l'AUS de 1997, afin de permettre à un coïndivisaire de consentir une hypothèque sur un bien indivis. En effet, l'article 121 précité disposait que : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit soumis à condition, résolution, ou rescision régulièrement publiées ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescissions .

³²⁹ V. dans ce sens K. M. BROU, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », p. 40, Ohadata D-13-23, disponible ici : <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-13-23.html>. Consulté le 12 février 2015.

Toutefois, l'hypothèque consentie par tous les copropriétaires d'un immeuble indivis conserve son effet, quel que soit, ultérieurement, le résultat de la licitation ou du partage ».

Si l'alinéa premier est resté inchangé, le nouvel article 194 vient amender l'alinéa 2 de l'article 121 précité et ajouter un nouvel alinéa : « *L'hypothèque d'un immeuble indivis conserve son effet, quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires. Dans le cas contraire, elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation* » (al. 2).

Ainsi, dans ce cas, le sort de l'hypothèque est subordonné aux résultats du partage, toutes choses qui confèrent à l'hypothèque consentie par un seul des coindivisaires une grande fragilité³³⁰.

« L'hypothèque d'une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserve alors dans toute la mesure de cet allotissement, sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation » (al. 3).

La faculté reconnue à un seul indivisaire de consentir une hypothèque sur sa quote-part de l'immeuble indivis constitue une avancée notable dans la sécurisation de la situation du créancier d'un héritier coindivisaire. Elle est également et surtout un début de réponse à la longueur généralement déplorée, tant par les praticiens que par les acteurs, des procédures de partage en matière de succession. En effet, avec les nouvelles dispositions, le cohéritier propriétaire d'un bien indivis n'est plus contraint d'attendre la décision de partage avant de fournir une garantie hypothécaire à un créancier.

L'hypothèque consentie par un cohéritier sur sa quote-part de l'immeuble indivis contribuera, sans conteste, à rendre plus flexible, et partant plus attractive, cette sûreté immobilière.

³³⁰ Dans ce sens, v. D. LEGAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013. n° 567, p. 379 ; V. P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd 2014, n° 384 et s. Avant l'ordonnance de 2006, en droit français, v. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^e éd, 2012 n° 402, p. 387 et s.

c. L'inscription des hypothèques

333. L'article 123 de l'AUS de 1997 a été amendé par l'article 196 du nouvel AUS, qui a ajouté deux précisions portant, d'une part, sur le fait que l'inscription a une période déterminée dans la limite de trente ans au jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale³³¹, et, d'autre part, sur l'absence d'incidence de cette durée de l'inscription sur celle de l'hypothèque qui peut, quant à elle, être indéterminée. Il s'agit là d'une précision juridique importante apportée par le législateur qui vient bien faire la distinction entre la durée de l'hypothèque et celle de l'inscription.

334. Ainsi, l'inscription d'une hypothèque a toujours une durée déterminée, dans la limite de trente ans, à compter du « *jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale* », et ce, bien que l'hypothèque soit constituée pour une durée indéterminée. Le législateur OHADA a donc procédé à une réécriture des dispositions sur la garantie hypothécaire diversement appréciée, mais en ignorant totalement les avancées en la matière.

B. L'ignorance des formes alternatives à l'hypothèque traditionnelle

335. L'Acte uniforme ne reprend pas à son compte les évolutions en matière de pratique hypothécaire constatées dans différentes législations et notamment en France. En effet, ni l'hypothèque rechargeable ni le gage immobilier³³² ne sont admis dans l'AUS. Cela pourrait trouver sa justification dans le fait que la France elle-même fait l'expérience de cette nouvelle forme d'hypothèque. C'est donc pourrait-on dire une question de prudence.

Mais c'est à se demander si le droit OHADA en somme, n'est pas juste un droit de récupération ou une caisse de résonance, qui n'adopte que les techniques éprouvées sous d'autres législations.

Si prudence est mère de sûretés, il faudrait peut-être des fois être pionnier dans certains domaines pour se rapprocher et reprendre à son compte des pratiques qui n'ont pas forcément cours dans le monde des affaires français.

³³¹ Nous pensons que le législateur aurait fait œuvre de rationalisation en n'offrant pas la possibilité à chaque États membres de prolonger ce délai, cela dans un souci de cohérence de la matière et de sécurité.

³³² Nous n'évoquons pas le prêt viager hypothécaire car son succès nous paraît très peu probable en considération des réalités socio-économiques des États membres de l'OHADA.

D'un autre côté, cette prudence du législateur OHADA pourrait se justifier par les difficultés déjà éprouvées dans la mise en œuvre de l'hypothèque traditionnelle et de façon sociologique par les difficultés soulevées par tout ce qui touche au sol dans les traditions africaines.

336. Nous ne pourrions cependant pas faire l'économie d'une présentation de cette forme nouvelle d'hypothèque qui représente à notre avis une avancée majeure dans le développement du crédit. Nous analyserons donc, l'hypothèque rechargeable et le gage immobilier qui dans le contexte du droit OHADA semble présenter le plus de chance de réussite. En outre, dans l'approche fonctionnelle que nous envisageons cette question ne se poserait pas au regard de la liberté contractuelle plus grande qui serait reconnue aux parties.

1. L'hypothèque rechargeable

337. L'hypothèque rechargeable, chaleureusement accueillie par la doctrine française, a été instituée en droit des sûretés français par l'ordonnance du 23 mars 2006. L'introduction de cette variante de l'hypothèque en droit français s'est faite pour répondre à un double objectif : offrir au créancier la garantie que constitue l'hypothèque tout en réduisant le coût de la constitution d'une telle sûreté et permettre au débiteur constituant de réutiliser le même bien en garantie d'emprunt à venir. En d'autres termes, il fallait permettre qu'une même hypothèque puisse garantir des crédits successifs. Il était plus question de susciter le recours à l'hypothèque que de corriger les défauts du régime hypothécaire préexistant³³³; il s'est agi de faciliter le recours à une sûreté qui « marche bien »³³⁴ en tempérant le principe traditionnel de spécialité³³⁵ de la créance.

338. Une avancée a été opérée avec la réforme de l'AUS en 2010 en ce qui concerne le principe de la spécialité de la créance. L'ancien article 127 de l'Acte uniforme portant Organisation des Sûretés, rigide quant au principe de la spécialité de la créance en matière d'hypothèque imposait qu'elle soit « *consentie pour la garantie de créances individualisées par leur cause et par leur origine, représentant une somme déterminée et portée à la connaissance des tiers par l'inscription de l'acte* ». Cette stricte application du principe de

³³³ V. dans ce sens M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », Suppl. JCP n° 20 mai 2006, n° 1 ; François CHALVIGNAC, *op. cit.*, n° 19 ; A. CERLES, « L'hypothèque rechargeable », RLDA, 2007, n°14.

³³⁴ V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 1 ; Contra. V. Ch. GIJSBERS, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », D. 2015, p. 69. Bien qu'il se réjouisse du rétablissement de l'hypothèque rechargeable, l'auteur affirme son scepticisme quant à son futur au regard de son passé récent marqué pas très peu de succès.

³³⁵ V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et *alii*, *op. cit.*, n° 906 ; A. CERLES, *op. cit.*, p. 101.

spécialité interdisait de constituer une hypothèque pour garantir une créance future et, a fortiori, qu'une hypothèque constituée pour garantir une créance puisse être ultérieurement réutilisée pour garantir d'autres créances.

339. Cette affirmation a été édulcorée par la nouvelle disposition de l'Acte uniforme dans le but d'assurer le développement du crédit, qui admet la possibilité de garantir une créance future dès lors que celle-ci peut être déterminée dans l'acte constitutif. Cette refonte opportune reste toutefois insuffisante³³⁶ en ce sens qu'elle n'influence pas le coût du crédit hypothécaire.

340. Avec l'hypothèque rechargeable, le débiteur trouve intérêt à constituer une hypothèque, car il se réserve ainsi la possibilité d'offrir une garantie pour une nouvelle créance sans avoir à supporter le coût d'une nouvelle constitution d'hypothèque. Cet objectif initial du législateur français a pourtant été paralysé parce qu'il n'y a pas eu concomitamment un allègement des prélèvements fiscaux³³⁷.

341. Il faut préciser toutefois que l'existence de l'hypothèque rechargeable de son adoption en 2006 jusqu'à récemment n'a pas été qu'un long fleuve tranquille. En effet, cette faculté offerte au débiteur a été supprimée discrètement, seulement après huit années d'existence par une loi du 17 mars 2014³³⁸. Au motif de ce bannissement, il fut avancé en autres motifs que l'hypothèque rechargeable favoriserait le surendettement des débiteurs³³⁹. Mais la disgrâce de l'hypothèque rechargeable sera de courte durée puisque neuf mois plus tard elle est introduite à nouveau dans le dispositif législatif par une loi en date du 20 décembre 2014 dite loi de simplification de la vie des entreprises qui rétablit l'article 2422³⁴⁰ du Code civil avec quelques amendements.

En effet, dans l'esprit le mécanisme est resté identique. L'hypothèque rechargeable est toujours définie comme celle qui « *peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif* »³⁴¹. Il ne faut toutefois pas confondre

³³⁶ V. en ce sens B. S. DIARRAH, « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Revue de Droit Uniforme Africain*, n°5, p. 9.

³³⁷ V. Ch. GIJSBERS, *op. cit.* ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et *alii*, *op. cit.*, n°895.

³³⁸ Loi « Hamon » n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

³³⁹ Rapp. AN. n° 1156, 13 juin 2013.

³⁴⁰ V. art 48 de loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises qui rétablit l'art. 2422 du code civil.

³⁴¹ Cf. art. 2422 du code civil tel qu'issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

cette hypothèque avec l'hypothèque de créance future³⁴² expressément prévue par l'article 2427 du Code civil français.

342. L'hypothèque rechargeable a vocation à garantir des créances dont l'acte ne dit rien, des créances encore inconnues, indéterminables, sans distinction entre créances futures et créances présentes : tant qu'elle ne sera pas éteinte, elle pourra être affectée à la garantie d'une créance qui était déjà née lors de sa constitution ou qui ne sera née qu'après. Ce qui montre, d'ailleurs, que l'hypothèque garantissant des créances futures et l'hypothèque rechargeable se séparent, outre par leur objet, par la personne de celui qui y trouve intérêt: alors que la première est de l'intérêt du créancier, qui en tire la garantie de créances à venir (précisées dans l'acte), la seconde est de l'intérêt du constituant, qui y gagne la liberté de réutiliser la garantie.

343. Contrairement à sa version initiale, l'hypothèque rechargeable a désormais un domaine malheureusement plus restreint. En effet l'alinéa 1^{er} de l'article 2422 nouveau dispose que : « *L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément* ».

Il s'infère que ne peuvent constituer dorénavant une hypothèque rechargeable, que les débiteurs professionnels³⁴³. Cette limitation critiquable³⁴⁴ a été justifiée par le souci de protection des consommateurs non professionnels. Or, les dispositions du code de consommation sont assez protectrices du consommateur en ce sens que sa constitution est encadrée par un formalisme informatif assorti de sanctions pénales³⁴⁵.

344. L'hypothèque rechargeable suppose une clause particulière de l'acte constitutif : suivant l'article 2428, « *l'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles visées par l'acte constitutif, pourvu que celui-ci le prévoie*

³⁴² Les créances futures, au sens de ce texte, s'entendent de créances pas encore nées, mais qui sont cependant visées, prévues, par l'acte constitutif de l'hypothèque: leur cause, leur source, doit y être indiquée.

³⁴³ Terme employé par l'AUS en son article 3 pour désigner « le débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ».

³⁴⁴ V. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n°3 qui soutient que interdire l'hypothèque rechargeable à certaines personnes serait contredire sa finalité proclamée par le législateur.

³⁴⁵ Cf. art. L. 313-14-1 et L. 313-14-2 et art. L. 313-14 al. 2, qui proscrie l'usage de l'hypothèque rechargeable dans le crédit à la consommation renouvelable.

expressément ». Par ailleurs, l'hypothèque rechargeable est soumise aux conditions requises pour la validité de toute hypothèque conventionnelle. Or, l'une de ces conditions, ajoutée par la réforme, revêt une importance particulière : c'est l'exigence, formulée par l'article 2423, que l'hypothèque soit « *toujours consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée, que l'acte mentionne à peine de nullité* ».

Il s'ensuit qu'une hypothèque rechargeable ne pourra garantir efficacement de nouvelles créances que dans la limite du montant stipulé dans l'acte, diminué des créances antérieures restant à acquitter.

345. Du même coup, l'exigence de l'article 2423 pose une question qui revêt une grande acuité pour l'hypothèque rechargeable : une hypothèque peut-elle être consentie à hauteur d'une somme supérieure au montant de la créance garantie, de sorte que, rechargeable, elle pourrait, avant même tout remboursement de la première créance, être efficacement affectée à la sûreté d'une seconde. La logique de l'hypothèque rechargeable le justifie d'un point de vue théorique, dès lors que le droit d'hypothèque est détachable de la créance garantie, il n'y a rien d'incongru à ce que leurs montants soient différents ; d'un point de vue pratique, une même hypothèque pourra d'autant mieux servir à garantir plusieurs créances que son montant sera plus élevé. La seule limite que la raison impose, mais non la loi, c'est la valeur de l'immeuble. Simplement, il conviendrait, en pareil cas, que le bordereau d'inscription mentionnât deux sommes : non seulement le montant de la créance; mais aussi le montant de la garantie hypothécaire, ces deux sommes étant pareillement importantes au regard de l'opposabilité de la sûreté.

346. Quant au fond, la convention de recharge c'est-à-dire l'affectation de l'hypothèque à la garantie d'une nouvelle créance peut être passée avec le même créancier ou avec un créancier différent³⁴⁶. Il s'agit d'éviter que l'emprunteur ne soit « prisonnier » de son banquier et que ne soit entravée la libre concurrence entre les banques.

Quant à la forme, la convention doit être, publiée³⁴⁷. Cette double exigence se justifie par la nature même de la convention : il s'agit d'une affectation hypothécaire qui présente les mêmes dangers, la même technicité, et appelle la même publicité que la constitution d'une hypothèque. Simplement, la publicité s'en fait sous la forme d'une mention en marge³⁴⁸, donc

³⁴⁶ Cf. art. 2422, al. 2 code civil

³⁴⁷ Cf. art. 2422, al. 3 et 4 code civil

³⁴⁸ Cf. art. 2422, al. 4, et 2430, al. 3. Code civil

à moindre coût. Mais, quoique réalisée sous cette forme, elle est requise, à peine d'inopposabilité³⁴⁹.

347. L'hypothèque rechargeable au regard de cette présentation présente un intérêt certain pour le droit OHADA. En effet, la possibilité de crédit qu'elle offre aussi bien au créancier qu'au débiteur invite à militer pour son adoption. En outre, elle implique une réduction du coût de constitution de l'hypothèque, ce qui est parfaitement avantageux.

348. Cette question de l'adoption ou non de l'hypothèque rechargeable dans une approche fonctionnelle des sûretés réelles ne se serait pas posée vu que les parties auraient bénéficié d'une plus grande liberté dans la conclusion de leur contrat de garantie. Il faut toutefois convenir avec le professeur GRIMALDI qu'elle connaîtra le succès ou l'insuccès que la pratique lui réservera. Et si son succès devait être tel que la clause de recharge devînt de style, la règle pourrait être alors inversée et devenir celle-ci : « *Sauf clause contraire, l'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles visées par l'acte constitutif* »³⁵⁰. En somme, l'existence ou l'avenir de l'hypothèque rechargeable en droit OHADA est entre les mains des emprunteurs, des banquiers et des notaires qui pourront par leur pratique l'imposer au législateur OHADA.

2. Le gage immobilier

349. L'antichrèse ou le gage immobilier est régi par les articles 2387 à 2392 du Code civil français.

Il est défini par l'article 2387 comme l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation. Il s'agit d'un contrat par le lequel le débiteur ou le constituant remet au créancier un immeuble en sûreté de la dette.

L'antichrèse est l'application à l'immeuble de la technique du gage avec dépossession. Mais elle diffère du gage mobilier, car elle emporte affectation des loyers en paiement des intérêts, voire du capital, de la créance garantie avec la contrepartie d'une obligation d'entretenir l'immeuble mis à la charge de l'antichrésiste.

³⁴⁹ Cf. art. 2422, al. 4 code civil.

³⁵⁰ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 4.

350. À l'adoption de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en 1997, le législateur OHADA n'a pas jugé utile de reprendre cette garantie jugée obsolète ou archaïque³⁵¹.

Mais au regard de l'évolution qu'elle a connu en droit français avec l'ordonnance de 2006, cette nouvelle garantie immobilière mérite de nouvelles attentions au regard des potentialités qu'elle regorge pour le développement du crédit.

351. Si la nature de cette garantie continue de susciter des débats doctrinaux, son opportunité et son regain d'intérêt le sont moins.

Cette sûreté est née du désir de conférer au créancier un droit direct sur les revenus d'un immeuble pour assurer le paiement des intérêts. L'ancien droit avait proscrit la formule comme contraire à la prohibition du prêt à intérêt.

En raison des lourdes sujétions pour le créancier et le débiteur, l'antichrèse était depuis longtemps délaissée³⁵² au profit de l'hypothèque et des garanties contractuellement aménagées³⁵³.

352. La réforme des sûretés issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 a redonné actualité à cette vieille institution en consacrant la pratique, jusqu'ici controversée, de l'antichrèse-bail. Elle a eu pour conséquence aussi d'entraîner la rupture entre le gage et l'antichrèse en admettant que le gage puisse désormais se constituer sans dépossession, supprimant ainsi leur trait d'union³⁵⁴. La loi tire les conséquences de cette rupture en alignant désormais le régime de l'antichrèse sur celui de l'hypothèque conventionnelle³⁵⁵ alors que, jusqu'ici, ce régime était calqué sur celui du gage.

353. Désormais, le régime de l'antichrèse étant aligné sur celui de l'hypothèque auquel la loi renvoie expressément, il en résulte qu'elle ne peut être consentie en principe que

³⁵¹ V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et alii, *op. cit.*, n° 940, p. 706.

³⁵² V. dans ce sens P. ANCEL, *op. cit.*, n° 458, p. 210.

³⁵³ Il s'agit de combinaisons élaborées par la pratique afin de procurer au bénéficiaire, par des voies détournées, les avantages de l'antichrèse tout en le préservant de ses inconvénients.

³⁵⁴ V. G. PIETTE, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006, n° 24, p. 1689 ; V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et alii, *op. cit.*, n° 941.

³⁵⁵ Cf. art. 2388 C. civ.

par acte notarié³⁵⁶, cette exigence ayant la même portée qu'en matière d'hypothèque fait dire à certains qu'elle est un contrat solennel³⁵⁷.

Cet alignement loin de simplifier et clarifier le droit va plutôt envenimer les débats à la fois par la requalification de l'antichrèse en gage immobilier³⁵⁸ et par la consécration de l'antichrèse-bail³⁵⁹ pour répondre à l'appel de la pratique et débarrasser cette sûreté de la dépossession qui la rendait peu attrayante.

En dépit de ce renvoi aux règles régissant l'hypothèque, la dépossession demeure une pièce maîtresse du gage immobilier. Et comme toute sûreté réelle constituée avec dépossession, l'antichrésiste est titulaire, en sus des droits de suite et de préférence classiques, d'un droit de rétention au sens de l'article 2391 du Code civil.

354. L'instauration de l'antichrèse en droit des sûretés OHADA favoriserait le développement du crédit à travers la possibilité pour le constituant ou le débiteur d'obtenir du crédit en se dépossédant de manière virtuelle de son bien. Pour le créancier, c'est une assurance de plus dans la certitude de recouvrer presque intégralement sa créance par la gestion du bien immeuble qui pourrait lui être concédée.

Cette évolution des règles générales de constitution d'une l'hypothèque ne s'est ressentie que moyennement pour ce qui a trait à ses règles de mise en œuvre.

Section 2. L'évolution tempérée des règles liées à la réalisation de la garantie immobilière

355. Le régime de la réalisation de l'hypothèque a été amélioré pour donner plus de liberté aux parties. Cela s'est traduit pas la consécration du pacte comissoire et de l'attribution judiciaire du bien immeuble au créancier (§.1). Mais la stagnation des règles de

³⁵⁶ C. civ., art. 2416, sur renvoi de l'art. 2388

³⁵⁷ V. Ph. DUPICHOT, « L'antichrèse », *JCP supplément* au n° 20, mai 2006, n° 5, p. 27 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et *alii*, *op. cit.*, n° 941 ; Contra. D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°641 qui penche pour une nature réel du gage immobilier ; V. G. PIETTE, *op. cit.*, n° 24 qui conclut son analyse en octroyant une nature mixte à cette garantie.

³⁵⁸ V. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC, et *alii*, *op. cit.*, n° 940 qui trouve sans intérêt pratique regrettable et démagogique que la loi n°2009-526, du 12 mai 2009 ait requalifié l'antichrèse en gage immobilier.

³⁵⁹ Avant la réforme du droit des sûretés réelles en France, la jurisprudence avait déjà valider la technique de l'antichrèse bail qui consistait pour le créancier mis en possession de l'immeuble de le relouer immédiatement au constituant ou débiteur qui pouvait continuer ainsi en avoir l'usage. V. cass. 3° civ., 10 Décembre 2002, D. Aff. 2003, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G 2003, II, 10034, note O. GUERIN ; RTDciv. 2003, 327, obs. P. CROCQ.

saisies immobilières contenue dans l'AUPSRVE³⁶⁰ auxquelles renvoie l'AUS constitue un point d'ombre dans cette éclaircie législative (§. 2).

§.1. Le maintien discutable de la procédure de réalisation instituée dans l'AUPSRVE

356. Anciennement régie par les codes de procédure civile des États membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) hérités de la colonisation, la saisie immobilière et d'autres procédures civiles d'exécution ont fait l'objet d'une abrogation le 10 avril 1998, par l'AUPSRVE. Depuis l'entrée en vigueur le 10 juillet 1998 de ce nouveau texte, celui-ci tient lieu de droit positif pour l'ensemble des États membres de l'OHADA.

357. Ni le droit antérieur ni l'Acte uniforme n'ont donné une définition de la saisie immobilière. Cependant, il faut comprendre par saisie immobilière « *la procédure d'exécution forcée par laquelle le créancier muni d'un titre exécutoire fait placer sous main de justice un ou plusieurs immeubles appartenant à son débiteur en vue de les vendre pour se faire payer sur le prix* »³⁶¹.

358. En raison des intérêts qu'elle met en jeu, la procédure de saisie immobilière a fait l'objet d'un régime particulier tant dans la législation antérieure que dans celle aujourd'hui en vigueur. Malgré l'allègement des procédures d'injonction de payer et l'avènement de la technique de compensation des dettes entre personnes morales du droit privé et celle morale du droit public, la question de saisie immobilière reste encore pour beaucoup, une procédure fatidique.

359. Il est incontestable que l'Acte uniforme portant sur les procédures simplifiées et les voies d'exécution a offert aux pays parties à l'OHADA, un droit positif plus accessible, plus précis, plus actuel. Cependant, dans le domaine de la saisie immobilière, ce droit

³⁶⁰ Acte uniforme portant procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution.

³⁶¹ V. B. J. C. BONZI, « La saisie immobilière », Formation de juristes camerounais en droit OHADA du 11 au 22 avril 2011. Disponible ici : <http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH33cf.dir/formation-personnels-judiciaires-cameroun-saisie-immobiliere-bonzi-jean-claude.pdf>, p. 4.

accessible soit, est resté encore « *barbare, complexe, très formaliste* »³⁶², émaillé de nombreux délais, source de nombreux contentieux. Si l'Acte uniforme sur la saisie immobilière est précis par rapport à l'ancien droit, il comporte néanmoins certaines carences ou insuffisances. C'est donc à la fois une procédure inadaptée (A) en sus d'être lourde et conflictuelle (B).

A. Une procédure en principe simplifiée, mais inadaptée

360. Outre son inadaptation au contexte socio-économique (1) africain, le créancier qui veut mettre en œuvre sa garantie hypothécaire, doit braver le système judiciaire lacunaire (2) dans la plupart des pays membres de l'OHADA.

1. L'inadéquation de la nouvelle législation au contexte économique et social

361. L'exemple nigérien en la matière est une photographie des difficultés liées à la réalisation de la garantie immobilière. En effet, au début des années 1980, les banques nigériennes avaient été confrontées à un problème sérieux de réalisation des garanties. À l'époque, la saisie immobilière telle que régie par les textes s'avérait inefficace pour un certain nombre de raisons socio-économiques et culturelles. Au regard de toutes ces raisons, avant l'avènement de l'Acte uniforme, pour contourner les difficultés des saisies immobilières, les banques nigériennes utilisaient des procédés plus faciles tel le pouvoir spécial pour vendre de gré à gré (PSVGG)³⁶³.

362. L'avènement de l'Acte uniforme sur les voies d'exécution avait nourri beaucoup d'espoir chez les praticiens de la chose. Mais très vite, on s'est rendu à l'évidence au fil du temps que la complexité de la procédure émane de la loi elle-même comme en témoignent certaines de ses dispositions. À titre illustratif, l'article 246 de l'AUPSRVE

³⁶² V. B. J. C. BONZI, « Le juge Burkinabé face à une procédure de saisie immobilière », Formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina du 17 au 21 mai 2010. Disponible sur : <http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH0115.dir/juge-bukinabe-face-procedure-saisie-immobiliere.pdf>. Consulté le 23 février 2015.

³⁶³ M. R. OUMAROU, *La protection des droits du débiteur saisi dans la réalisation de l'immeuble apporté en garantie d'une créance*, Mémoire DESS, Ouagadougou, 2006. Disponible ici : <http://www.memoireonline.com>. Consulté en ligne le 19 janvier 2015. Il présente le PSVGG comme un contrat conclu entre le débiteur et la banque par lequel, le débiteur donnait pouvoir à la banque, en cas de non remboursement du prêt à l'échéance de vendre l'immeuble donné en garantie sans passer par la procédure de saisie immobilière en vigueur en ce moment. Dans ce contrat, il est stipulé que la banque procédera à la vente de l'immeuble sans recourir à une procédure longue et coûteuse. Dans cet esprit, v. Guy A. KOUASSIGAN, « Les hypothèques », in *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, t. 5, NEA, 1982, p. 165 qui disait qu'« il n'y a pas de politique du crédit sans une politique correspondante des garanties qui peuvent en assurer le remboursement ».

dispose que : « *le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions qui suivent. Toute convention contraire est nulle* ». Et l'article 247, alinéa 1^{er} du même Acte Uniforme pour sa part dispose que la vente forcée ne peut se faire que sur un titre exécutoire. Or, l'obtention du titre exécutoire n'est pas une chose aisée³⁶⁴.

363. Le PSVGG³⁶⁵ est le reflet du génie d'un monde des affaires qui a voulu à sa façon, organiser son système de réalisation de la garantie immobilière.

Malheureusement, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A) n'a pas suivi les juridictions nigériennes. Ainsi, en décidant de la censure des tribunaux de Niamey³⁶⁶, la C.C.J.A n'a pas donné suite à « l'offre » faite au monde des affaires.

Il convient donc de le souligner avec regret que, pour tous ceux qui prônent l'avènement d'un droit de saisie immobilière inspiré de notre monde d'affaires, l'occasion est donc une fois de plus manquée de régir notre monde des affaires, par des règles secrétées par notre environnement socio-économique. Car comme l'a opportunément souligné un auteur : « *Dans le milieu des affaires, une garantie des engagements souscrits, quelle que soit sa nature ou son imperfection, n'est jamais inutile* »³⁶⁷.

364. Au plan sociologique, nous savons qu'en Afrique, il existe au sein des sociétés des valeurs morales qui sont ancrées dans nos mentalités.

Il convient tout d'abord de faire observer que la réalisation n'aboutit presque jamais dans la plupart des cas. La pratique montre, en effet, que le créancier préfère toujours un « arrangement », un règlement à l'amiable, et c'est seulement lorsque celui-ci échoue que s'ouvre la procédure judiciaire. Finalement, comme cette dernière est très longue, il arrive qu'entre temps le débiteur règle sa dette.

Seules des raisons sociologiques permettent d'expliquer, en partie une telle situation. Dans la plupart des traditions africaines et notamment en Côte d'Ivoire, c'est un déshonneur que de se faire prendre son immeuble ou son bien en général. Alors, il n'est pas rare de voir un débiteur,

³⁶⁴ V. B. DIALLO, « Les mesures d'exécution et la nécessité de disposer de titre exécutoire », Note sous Arrêt, Cour d'Appel de Daloa, Chambre civile et commerciale, Arrêt n° 63 - 14 janvier 2005 (CFAO c/ DA et la SGBCI), *Jurifis Infos* N° 13 - Nov.-Déc. 2013, p. 41-43 ; Ohadata D-14-03.

³⁶⁵ Les arguments suivants sont avancés en faveur du PSVGG : le principe de la liberté des conventions et la possibilité d'échapper aux formalités lourdes et coûteuses de la saisie immobilière normale.

³⁶⁶ C.C.J.A, arrêt n°002/2005 du 27 janvier 2005, Aff. Abdoulaye B. B. contre BIA-Niger.

³⁶⁷ D. ABARCHI, « L'introduction du "TOLME" ou "DJINGUINA" dans le nouveau code de commerce nigérien : une tentative de valorisation d'une sûreté traditionnelle aux suites incertaines », in *Revue nigérienne de droit*, p. 55. Disponible sur [http:// www.ohada.com/doctrine/](http://www.ohada.com/doctrine/); Consulté le 24 février 2015.

sous le coup d'une procédure de vente aux enchères, s'entendre avec un ami ou un membre de sa famille qui lui fournit les fonds nécessaires pour payer ses échéances. En plus, il serait mal vu de voir expulser des gens de leur maison. On se dit peut-être que ce serait son tour un jour. Ce sont toutes ces raisons qui font que les citoyens n'aiment pas acquérir des immeubles provenant d'une vente forcée. Le plus souvent, c'est la banque qui se retrouve adjudicataire. Or, la réglementation bancaire ne leur permet pas la gestion des immeubles hors exploitation au-delà de deux ans. Parfois, l'intervention d'une personne honorable suffit pour arrêter la procédure. Et, les banquiers semblent préférer cette solution à l'amiable plutôt que de s'empêtrer dans une procédure judiciaire longue et incertaine.

2. Les faiblesses des systèmes judiciaires

365. L'un des handicaps majeurs de l'appareil judiciaire de la plupart des pays de l'espace OHADA est leur extrême lenteur du fait du non-respect des délais fixés par l'AU notamment en appel des décisions de l'audience éventuelle. Toute chose qui ne permet donc pas de respecter les délais contenus dans le cahier des charges. La procédure de saisie immobilière comme toutes les autres, nécessite une certaine urgence. Il y a également le dilatoire qui permet de gagner du temps et qui peut être la cause d'un ralentissement abusif de la procédure. En effet, certains avocats méticuleux dans la procédure n'hésitent pas un seul instant à exploiter le moindre texte pourvu qu'il leur permette de retarder la condamnation de leurs clients. En effet, si certains dilatoires paraissent juridiquement fondés, il est incompréhensible qu'un débiteur reconnaisse totalement sa dette et qu'il soit couvert par la loi contre toute réalisation de la garantie³⁶⁸.

366. Par ailleurs, il convient de retenir que l'importance de la terre n'a pas changé, mais au contraire, elle est devenue rare, donc plus importante, et nécessite une plus grande protection. L'expropriation ne doit pas être hâtive, mais sérieusement préparée, avec la connaissance du saisi, du débiteur de ce qui se passe.

367. Si l'Acte uniforme sur la saisie immobilière est précis par rapport à l'ancien droit, il comporte néanmoins certaines carences ou insuffisances.

³⁶⁸ Cour d'Appel de Niamey arrêt n° 76 du 23 mai 2001, Affaire Abdoulaye Baby Bouya contre la Banque Internationale pour l'Afrique (BIA-NIGER).

Conformément à sa vocation de s'appliquer dans plusieurs pays où le système d'organisation judiciaire est différent, l'emploi de certains termes généraux déroutent. L'Acte uniforme fait état « *de juridiction compétente, d'autorités administratives concernées ; il fait état également de président du tribunal compétent statuant en matière d'urgence* ».

Toutes ces terminologies ne seront bien clarifiées que dans l'expression jurisprudentielle des différentes juridictions des États parties ou encore dans une relecture de leurs codes d'organisation judiciaire.

368. Une autre notion ou un autre choix des problèmes de nullités se pose. L'Acte uniforme n'a pas fait une classification assez précise des différentes nullités invoquées. Cependant, on y retrouve une application des principes « pas de nullités sans textes; pas de nullités sans griefs ». La nullité tirée de la notion d'ordre public y est introduite également. Dans la combinaison de toutes ces nullités, il appartiendra à la jurisprudence au regard des faits de chaque espèce d'apporter une vision beaucoup plus précise et plus pragmatique dans l'utilisation de ces notions et concepts. La qualité de bon droit positif « bon droit positif » dépend de ce long travail jurisprudentiel.

369. Enfin, parmi les reproches que l'on peut faire à la garantie hypothécaire figure la lourdeur de la procédure de réalisation qui exige une certaine information consistant en une publication, généralement, dans la rubrique « annonces légales » d'un quotidien gouvernemental. Or, cette forme de publicité paraît totalement inadaptée au contexte local.

370. Malgré l'effort entrepris par le législateur de l'OHADA pour alléger la procédure des voies d'exécution, les Actes uniformes n'ont en réalité pas contribué à réduire de façon substantielle la complexité des formalités de la saisie immobilière³⁶⁹. Demeurent encore de multiples formalités préalables avant la réalisation effective de l'hypothèque.

B. Une procédure lourde et conflictuelle en pratique

371. Très formaliste, émaillée de nombreux délais, la procédure de la saisie de l'immeuble se déroule en deux grandes étapes: la saisie proprement dite et la réalisation du

³⁶⁹ V. B. DIALLO, « La saisie immobilière en OHADA vue par le juge suprême, Commentaire de l'Arrêt C.C.J.A n° 25 du 15 juillet 2004 », in *Jurifis*, éd., spéc., n° 12, octobre 2012, p. 44 ; Ohadata D-13-16 ; P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. Lamy axe droit, éd. LAMY, 2012, n°446.

gage ou la vente de l'immeuble. La complexité de la saisie immobilière s'observe à travers l'existence de nombreuses formalités qui s'imposent aux créanciers. Ces formalités sont exposées aux articles 246 à 334 de l'AUPSRVE.

372. La saisie immobilière est une voie d'exécution forcée et en tant que telle, elle obéit aux règles générales en matière de saisie-exécution.

C'est dans ce sens que l'article 247 de l'AUPSRVE prévoit que : « *la vente forcée d'immeuble ne peut être poursuivie qu'en vertu de titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible* ». Si l'immeuble n'est pas immatriculé et si la loi nationale l'exige, l'immatriculation devient une phase obligatoire (art 233). L'analyse conjuguée des deux dispositions permet de cerner les conditions relatives au bien saisi et aux personnes impliquées dans la saisie. Ces conditions constituent des préalables à l'acte de saisie.

Elles sont différentes des règles de procédure contenues dans l'opération de saisie immobilière. Elles constituent la première étape à franchir avant toute procédure de saisie immobilière. Elles sont liées à la créance, à son support, à l'immeuble objet de la saisie.

Il convient donc de définir d'abord la saisie immobilière (1), ensuite la préparation de la vente forcée (2), et enfin les éventuels incidents lors de l'exécution de la saisie immobilière (3).

1. La saisie immobilière proprement dite

373. C'est une procédure par laquelle le créancier place l'immeuble sous main de justice. Cette opération est matérialisée par un acte fondamental: le commandement préalable. Ce commandement produit des effets d'une grande portée.

Selon les Actes uniformes de l'OHADA « *la vente forcée d'un immeuble par un créancier ne peut sous peine de nullité, se faire que par la procédure de saisie immobilière* »³⁷⁰. Une telle procédure voudrait que tout immeuble, objet de procédure d'expropriation soit poursuivi en vertu d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible ou en espèce non liquidée et requérant un titre définitivement exécutoire³⁷¹.

³⁷⁰ Cf. art. 246 de l' AUPSRVE.

³⁷¹ Cf. art. 247 de l' AUPSRVE.

374. En posant cette règle, l'article 247 rejoint la règle générale en matière de saisie-exécution où le créancier poursuivant ne peut faire vendre les biens de son débiteur que lorsqu'il détient un titre exécutoire.

Le titre exécutoire fixe l'étendue des obligations du débiteur, et l'importance des droits du créancier. Il ne peut faire l'objet d'aucune modification.

Elle permet également la poursuite sur la base d'une créance non encore liquidée.

Il faut remarquer que les deux aspects (le titre exécutoire par provision et la créance non encore liquidée) se rejoignent. En effet, la créance liquidée ou non liquidée doit avoir comme support un titre exécutoire.

Il ne peut en être autrement, sinon ce serait de placer la saisie immobilière dans le cadre juridique des biens meubles ou la saisie conservatoire est possible.

Dans tous les cas, la vente de l'immeuble ne sera possible que si le créancier produit un titre définitivement exécutoire.

On peut toujours s'interroger sur le sens que l'Acte uniforme donne au «titre définitivement exécutoire» est-ce qu'il vise un titre exécutoire par exemple un jugement définitif ou un arrêt d'une Cour d'appel ou bien est-ce qu'il est question par exemple de jugement ou arrêt passé en force de chose jugée?

Il est évident qu'un arrêt d'une Cour d'appel est une décision exécutoire. Il constitue un titre exécutoire. Mais à la suite d'un pourvoi, l'arrêt peut être cassé³⁷². Faut-il donc le considérer comme un titre exécutoire par provision au même titre qu'un jugement assorti de l'exécution provisoire? Le terme crée inutilement la confusion.

Le titre exécutoire s'entend de tous les jugements et arrêts, ordonnances juridictionnelles rendus par les juridictions et revêtus de la formule exécutoire. Le titre exécutoire peut aussi être un acte administratif, un acte notarié ayant acquis force exécutoire³⁷³.

Autre condition préalable, c'est que seuls les immeubles immatriculés peuvent faire l'objet d'une saisie, à défaut de quoi, le créancier poursuivant ne peut que se conformer à la loi nationale³⁷⁴. En tout état de cause, la vente d'un immeuble saisi par voie d'exécution ne peut avoir lieu qu'après délivrance du titre foncier³⁷⁵.

³⁷² Dans certains cas, les décisions judiciaires rendues sur saisie immobilière peuvent être frappées d'appel; art. 336 AUPSRVE; arrêt CCJA n° 013/2002 du 18 avril 2002, Banque Internationale du Commerce et de l'industrie de Côte d'Ivoire (BICICI) contre DOUM M'BANDY, Boucherie moderne de Côte d'Ivoire dite Boucherie DOUM M'BANDY.

³⁷³ V. art. 33 AUPSRVE.

³⁷⁴ Cf. 248 AUPSRVE.

³⁷⁵ Cf. 253 AUPSRVE.

Les immeubles frappés d'indivision sont exclus de la procédure des voies d'exécution³⁷⁶ et la poursuite ou vente forcée simultanée d'immeubles situés dans des ressorts de juridictions différentes est proscrite³⁷⁷ sauf si ces immeubles font parties d'une seule et même exploitation ou lorsque se fondant sur le fait que la valeur de ces immeubles est inférieure à la créance poursuivie, le président de la juridiction l'autorise.

375. En dehors de cette série de conditions préalables, la mise de l'immeuble sous mains de la justice doit être précédée d'un commandement de payer aux fins de saisie³⁷⁸ notifié au débiteur et au tiers détenteur et contenant les mentions requises par l'article 254. Il y a toute une série de règles particulières aux modalités de renseignements de l'huissier, de la publication du commandement³⁷⁹ de payer et ses effets dans les procédures³⁸⁰.

376. De l'examen de ces différentes mesures ou conditions préalables, on voit bien que les Actes uniformes de l'OHADA, par souci de sécuriser la procédure de recouvrement des créances et des voies d'exécution, n'ont en réalité pas raccourci les formalités. La préparation de la vente constitue une autre facette de cette situation.

2. La préparation de la vente forcée : la formalité d'adjudication

377. L'objectif dans la saisie immobilière c'est la vente de l'immeuble saisi. Cette vente est préparée à travers un ensemble de procédures, de formalités. C'est la partie la plus délicate. Elle comprend plusieurs étapes toutes importantes.

Trois formalités sont ici requises à savoir : La rédaction d'un cahier de charges³⁸¹, l'audience éventuelle et la publicité³⁸² en vue de la vente. En annexe de ce document, doit être attaché un

³⁷⁶ Cf. article 249 AUPSRVE.

³⁷⁷ Cf. article 252 AUPSRVE.

³⁷⁷ Cf. article 252 AUPSRVE.

³⁷⁸ Cf. article 254 AUPSRVE, il faut un délai de 20 jours pour répondre aux obligations du commandement de payer.

³⁷⁹ Le commandement est un exploit d'huissier délivré à la demande du créancier poursuivant et signifié au débiteur ou au tiers pour le mettre en demeure de payer le montant d'une créance dans un délai précis à peine de saisie de l'immeuble. Le commandement pour être valable est soumis à des conditions de forme et de fond avant de produire des effets.

³⁸⁰ Cf. article 256 AUPSRVE.

³⁸¹ Le cahier de charges doit être rédigé par l'avocat du créancier au Greffe du tribunal dans un délai de 50 jours et ce avec des mentions prévues par l'article 267 de l'AUPSRVE.

³⁸² Elle est régie par les articles 276 à 279 de l'AUPSRVE. La publicité en vue de la vente se fait par un extrait du projet de vente c'est à dire le cahier des charges. C'est cet extrait qui est publié par insertion dans un

état des droits inscrits sur le titre foncier. Il faut après l'accomplissement du cahier de charges celle des audiences éventuelles pour juger les dires et les observations après échanges de conclusions motivées des parties et ce dans le respect du contradictoire³⁸³. Une telle audience ne peut être reportée que pour des causes graves³⁸⁴ et peut donner l'occasion à la juridiction compétente après contrôle du cahier de charges, de modifier le montant de la mise à prix³⁸⁵ ou de fixer une nouvelle date d'adjudication et de distraire certains biens saisis.

Toutes ces formalités doivent évidemment être insérées au cahier d'annonces pour publicité. Quant à la réalisation proprement dite, elle appelle à la mise en adjudication ou à la surenchère.

378. Ce qui est regrettable dans cette situation, c'est que les Actes uniformes portant organisation des sûretés ne prévoient aucune disposition au cas où l'audience éventuelle n'a pas lieu et que les parties n'ont pas déposé leurs dires. Le juge renverra-t-il l'adjudication ? Ou bien l'audience sera escamotée ? Les Actes uniformes sont muets face à ces questions. Nous voyons à travers toutes ces formalités obligatoires que la vision simplificatrice du législateur de l'OHADA reste un leurre. Il s'agit plutôt d'un formalisme compliqué qui va à contre-courant de la célérité requise dans la vie des affaires, même si l'objectif est de protéger les parties en présence. Autant de facteurs qui constituent des inconvénients à la procédure des voies d'exécution.

379. En effet, de même que les immeubles ont toujours eu, en droits français et africain de la terre, un régime très protecteur du débiteur et très complexe parce qu'ils occupaient une place privilégiée dans la composition des patrimoines, de même la saisie immobilière a toujours fait l'objet de soins les plus attentifs de la loi et a conservé une physionomie spécifique et complexe. Plusieurs raisons ont contribué à cela. Il s'agit d'une part, des vestiges solidement implantés de l'ancienne supériorité des immeubles au sein des patrimoines. En effet, pendant longtemps, la terre, source de puissance politique, sociale et économique, a bénéficié de tous les soins du droit français alors que les meubles ne faisaient l'objet que d'une protection juridique rudimentaire³⁸⁶, de sorte qu'il est très compréhensible

journal d'annonces légales et par apposition de placard à la porte du domicile du saisi, de la juridiction compétente ou du notaire convenu. En pratique, l'apposition des placards se fait à la juridiction saisie.

³⁸³ Cf. article 272 AUPSRVE.

³⁸⁴ Cf. article 273-275 des AUPSRVE.

³⁸⁵ Cf. article 273-275 des AUPSRVE.

³⁸⁶ La propriété d'un meuble se prouve par tous les moyens tandis que pour les immeubles le droit foncier consacre un régime à part : celui de la publicité foncière.

que, de nos jours, l'expropriation forcée des immeubles soit soumise à un régime original et spécialement protecteur.

D'autre part, du fait des intérêts³⁸⁷ qu'elle met en jeu (dont la sauvegarde est un de ses objectifs), mais aussi des matières qu'elle met en cause (droit des sûretés réelles et celui de la publicité foncière), la saisie immobilière restera toujours soumise à un régime juridique complexe. À cette complexité, il convient d'ajouter les incidents qui peuvent freiner, voire anéantir toute la procédure.

3. Les incidents de la saisie immobilière

380. De tous les aspects de la saisie immobilière, les incidents de la saisie immobilière constituent un domaine instable, toujours insaisissable, aux multiples facettes. Peut-être parce que cette notion d'incident de la saisie immobilière continue d'alimenter un contentieux important, peut-être aussi parce son évolution est faite de remise en cause³⁸⁸, de réorganisation, et de revirements jurisprudentiels. L'Acte uniforme n'a apporté aucune solution à cette interrogation. Mieux, il replace les États parties au traité dans la logique des revirements jurisprudentiels connus dans la jurisprudence française.

En s'abstenant de donner une définition³⁸⁹ de la notion d'incidents de saisie immobilière, l'AUPSRVE laisse le soin au juge de l'organisation pour définir cette notion, pour donner sa compréhension du phénomène. L'Acte uniforme étant récent dans son application, la jurisprudence, n'a pas donné des indications sur la question.

³⁸⁷ Ceux du créancier saisissant et du débiteur-saisi.

³⁸⁸ Cons Civ 2^o 21 mai 1954 D. 54, 550 -S, 1954 -1 201 note R. BERINGER.

³⁸⁹ C'est pourquoi, nous nous référons à la jurisprudence française de la Cour de Cassation pour définir la notion d'incident de saisie immobilière, en indiquant les étapes essentielles.

Avant 1954, l'arrêt du 21 mai 1954, la jurisprudence de la Cour de Cassation considérait par « incident de la saisie immobilière toute demande née au cours de la procédure de saisie et de nature à exercer une influence sur celle-ci ». Cette jurisprudence, appuyée par une certaine doctrine a été largement critiquée du fait que « toutes les contestations relatives aux formes de la procédure ou tirées du fond du droit qui tendent à arrêter ou à suspendre de quelque façon que ce soit le cours de la saisie » étaient considérées comme incident, et les jugements relatifs à la validité du titre invoqué pour saisir étaient considérés comme statuant sur incidents. Ils étaient donc insusceptible de voies de recours en application de l'article 731 CPC. En raison de ces inconvénients, la jurisprudence va opérer un revirement. La Cour de Cassation va opérer une distinction entre les incidents de saisie immobilière et les contestations sur le fond du droit.

Pour la Cour de Cassation, « seules constituent des incidents de saisie immobilière au sens des articles 718 et 721 CPC, les contestations qui sont nées de la procédure de saisie et s'y réfèrent directement; que dès lors n'ont pas ce caractère les contestations portant sur le fond même du droit ».

Ainsi donc toutes les contestations relatives au fond du droit vont relever d'une autre nature. Pour la Cour de Cassation, n'ont pas le caractère d'incidents de saisie, les contestations relatives à des demandes extérieures ou antérieures à la procédure de saisie. Ce serait le cas des contestations qui portent sur le fond du droit, c'est à dire sur l'existence même de la créance du saisissant.

Les difficultés d'interprétation ou de définition de la notion d'incident vont-elles amener la jurisprudence, ou la CCJA à choisir entre les deux conceptions larges et restrictives de la notion d'incident, ou à définir une troisième voie ?

381. Une définition précise de la notion d'incident présente un intérêt certain. Lorsque la contestation est qualifiée d'incident de la saisie immobilière, il y a des règles particulières qui s'appliquent et qui sont différentes dès l'instant où la contestation n'a pas cette qualité d'incident.

Les incidents de la saisie immobilière sont très nombreux et sont source de nombreux contentieux. On les regroupe en quatre catégories :

Les incidents provenant de la saisie elle-même ; les demandes en distraction ; les incidents provenant de la pluralité des créanciers ; et les incidents nés de l'adjudication par la procédure de la folle enchère.

382. En dépit de la prévoyance du législateur de l'OHADA sur les incidences éventuelles à savoir des cas de pluralité de saisies³⁹⁰ des demandes en distraction provenant des tiers³⁹¹; des demandes en annulation de la procédure antérieure à l'audience éventuelle³⁹²; d'ouverture de la folle enchère contre l'adjudicataire qui a manqué aux obligations citées par l'article 314³⁹³, la procédure de saisie immobilière tel que prévu par le droit communautaire n'est pas toujours facile à mettre en œuvre.

L'article 13 des Actes uniformes sur la procédure de recouvrement et des voies d'exécution, en mettant à charge de celui qui a demandé l'injonction de payer la preuve de sa créance, fragilise la procédure d'injonction de payer en lui enlevant ses caractères de simplicité et de rapidité. Cela est d'autant plus vrai que l'opposition ne pourra être examinée qu'après l'échec d'une tentative de conciliation rendue obligatoire³⁹⁴.

Du fait de la lourdeur et de la lenteur procédurale des voies d'exécution en vue de la réalisation de la garantie, la dépréciation probable des hypothèques constitue parfois un problème.

³⁹⁰ Cf. les articles 302-307 des actes uniformes sur la procédure de recouvrement et voies d'exécution.

³⁹¹ Cf. les articles 308-310 des actes uniformes sur la procédure de recouvrement et voies d'exécution.

³⁹² Cf. les articles 311-313 des actes uniformes sur la procédure de recouvrement et voies d'exécution.

³⁹³ Cf. les articles 314-323 des actes uniformes sur la procédure de recouvrement et voies d'exécution.

³⁹⁴ A. BA, directeur du centre de formation judiciaire, Dakar, Sénégal, in L'AUPSRVE : communication présentée lors de la session de formation des magistrats Module 3 du 18 au 30 mai 2001.

383. Les voies d'exécution telles que réglementées par l'OHADA restent une procédure complexe, formaliste et coûteuse qui prétend protéger le débiteur, mais qui en réalité le fait imparfaitement. De plus, le patrimoine immobilier des créanciers institutionnels (banques) conjugué au coût élevé de la constitution d'hypothèque (frais de notaire, d'enregistrement) ne facilite pas la prise d'une telle garantie.

En effet, à l'étape de la réalisation de l'hypothèque, il faut payer les honoraires d'avocat, de notaire, les frais d'huissier et autres taxes. Au cas où on arriverait à avoir un adjudicataire, la difficulté qui survient est celle des créanciers privilégiés (frais de justice, super-privilège des salaires et du fisc) venant accaparer la presque totalité des sommes rapportées par la vente si bien que le créancier poursuivant se retrouve avec des miettes après tant d'efforts consentis. C'est donc au moment de la réalisation que le créancier se rend compte que la garantie bancaire la plus recherchée n'a finalement que peu de valeur. L'estimation qui en est faite au moment de la vente l'atteste largement.

Aussi semble-t-il que, la question de la réalisation des hypothèques n'ait pas véritablement retenu l'attention du législateur communautaire, qui s'est contenté de la renvoyer tout simplement aux règles relatives à la procédure de saisie immobilière³⁹⁵. Le législateur OHADA mériterait plus de s'y pencher en l'incluant dans l'AUS dans un souci de clarté et de simplicité.

384. Certes, l'heure n'est pas encore au bilan. Néanmoins, après plus de dix ans d'application de cette nouvelle législation communautaire, il n'est pas inutile de marquer un arrêt afin de dégager un bilan ne serait-ce que partiel.

La réalisation de la garantie immobilière est extrêmement difficile qu'elle ne parait l'être au moment où les parties s'engageaient à sa constitution. Outre, les difficultés découlant du texte applicable à la matière de saisie immobilière, la protection quelque peu exagérée dont bénéficie le débiteur n'est pas sans conséquence dans la pratique.

Mais les difficultés rencontrées dans la réalisation de l'hypothèque ne sont pas irrémédiables. Pour les résorber, des solutions sont envisageables.

385. L'entrée en vigueur de l'AUPSRVE en 1998 avait nourri beaucoup d'espoir dans les États membres, surtout chez les praticiens du nouveau droit communautaire que sont les juges, les avocats, les huissiers et les notaires. En effet, tous semblaient unanimes sur la révolution apportée par la législation communautaire du point de vue de la simplicité et de la

³⁹⁵ Cf. art. 245, 246 et 247 de l'AUPSRVE.

rapidité des procédures prévues. Ont-ils eu raison de le croire ? Peut-être oui, car l'intitulé³⁹⁶ de cet Acte uniforme lui-même concourt légitimement à cette croyance.

Pour l'heure, force est de reconnaître que, si l'hypothèque est aujourd'hui plus facilement admise, elle apparaît souvent au créancier et au banquier comme une garantie qui n'en est pas une, dans la mesure où la réalisation judiciaire, sur saisie immobilière de l'immeuble hypothéqué se révèle extrêmement difficile à mener à une bonne fin pour des raisons qui, outre juridiques, sont aussi, le cas échéant, des raisons d'ordre social.

386. Il est vrai que, comme ont eu à le souligner certains auteurs³⁹⁷, avec l'adoption de cet Acte uniforme, l'OHADA a doté les États membres d'un texte beaucoup plus clair et accessible en matière de saisie immobilière. Mais ce droit de saisie immobilière est-il en harmonie avec le monde des affaires, la culture juridique et sociologique de l'époque? N'est-il pas un peu en déphasage avec la culture juridico-judiciaire des peuples auxquels il est destiné à servir ?

387. En tout état de cause, on note que le législateur OHADA n'a pas consacré une protection suffisante au regard des droits du créancier. Il s'est plutôt confiné dans l'ancienne logique qui, très souvent, a la fâcheuse tendance de présenter un créancier comme un mauvais riche houspillant un pauvre diable. Cela a fait que, si l'hypothèque est aujourd'hui plus facilement admise, elle apparaît souvent au créancier (les banques surtout) comme « *une garantie qui n'en est pas une* », dans la mesure où la réalisation d'hypothèque se révèle extrêmement difficile, non seulement en raison de la complexité de la procédure, mais surtout pour des raisons d'ordre social. Ainsi, au surplus, cette « protection en béton » dont bénéficie le débiteur saisi n'est pas sans graves conséquences dans la pratique. En effet, très facilement le créancier peut se trouver à la merci de son débiteur. Et, lorsqu'il engage la procédure afin de réaliser la garantie, cette procédure présente des contours que le juge et les auxiliaires de la justice ont du mal à cerner pour des raisons souvent inhérentes à la législation elle-même³⁹⁸.

³⁹⁶ Cet Acte Uniforme est intitulé : Acte Uniforme portant Organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement des Créances et des Voies d'Exécution.

³⁹⁷ « Avec cet Acte Uniforme, l'OHADA a réalisé un grand pas dans l'œuvre d'uniformisation des législations des pays membres signataires du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique », A.-M. ASSI-ESSO et N'Diaw DIOUF : *OHADA, recouvrement des créances*, Bruylant, 2002, n° 427, p.191.

³⁹⁸ À titre illustratif, une curieuse contradiction peut être facilement décelée à la lecture des articles 284, alinéa 2 et 286, alinéa 1er de l'AUPSRVE. L'article 284, al. 2 dispose que : « ...l'avocat poursuivant ne peut se rendre personnellement adjudicataire ni surenchérisseur à peine de nullité de l'adjudication ou de la surenchère et de dommages-intérêts envers toutes les parties ». Pour sa part, l'article 286 al. 1er dispose que : « L'avocat dernier enchérisseur, est tenu dans les trois jours de l'adjudication, de déclarer l'adjudicataire et de fournir son

388. Malgré sa perte d'efficacité due à son formalisme, son coût et les délais qu'elle implique aussi bien dans sa constitution que dans sa réalisation, l'hypothèque reste cotée et des perspectives existent pour l'améliorer

§.2. Les nouvelles alternatives à la réalisation de la sûreté immobilière instaurées par l'AUS

389. En dehors de la procédure de saisie immobilière déjà prévue par l'ancien texte, le législateur de l'OHADA vient de consacrer pour les créanciers hypothécaires à travers les articles 198 à 200 du NAUPOS, deux autres voies de recouvrement de leur créance à savoir la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble et l'insertion de pacte comissoire dans les actes constitutifs de garantie.

Désormais, si l'attribution judiciaire donne au créancier le droit de demander au juge que le bien lui demeure en paiement, le pacte comissoire aboutit à ce même résultat, sans le recours au juge, mais du seul fait de la volonté des parties contenue dans la convention.

390. L'intérêt d'une réflexion sur le pacte comissoire réside donc dans sa finalité et dans l'impact que cette stipulation contractuelle peut avoir sur l'efficacité et l'effectivité de la réalisation de la sûreté consentie et plus généralement, sur le recouvrement efficace de la créance.

L'introduction en droit OHADA du pacte comissoire a constitué à l'évidence, l'une des innovations majeures du nouvel Acte uniforme sur les Sûretés, entré en vigueur dans l'ensemble des États membres de l'espace OHADA, le 15 mai 2011.

Cette nouvelle construction contractuelle, accessoire du mode de sûreté, a en effet pour finalité, le transfert direct de la propriété du meuble ou de l'immeuble au créancier, et ce pour le paiement de sa créance ; tout comme une dation en paiement, il permet au débiteur de voir s'éteindre à la fois, sa dette et la sûreté qui la garantit.

En ce qui concerne plus particulièrement les sûretés immobilières, il y avait lieu de rendre leur régime juridique plus pertinent, notamment par la mise en place d'une assiette plus

acceptation ou de représenter son pouvoir, lequel demeure annexé à la minute de la déclaration judiciaire ou notariée, sinon il est réputé adjudicataire en son nom ».

large des garanties, mais aussi, en facilitant leur mise en œuvre par l'introduction de dispositions à caractère contractuel, tel le pacte comissoire.

Encore convenait-il aussi de traiter la question délicate du transfert de propriété, avec pour finalité d'échapper à l'aléa judiciaire et aux multiples inconvénients des procédures de saisie mobilière ou immobilière devant les juridictions des pays membres de l'OHADA.

391. Les procédures nouvelles de réalisation de l'hypothèque en droit OHADA présente donc à priori un caractère efficace (A) mais au fond elles connaissent de nombreuses limitations (B) qui ternissent cette efficacité.

A. Des procédures formellement efficaces

392. L'acte uniforme portant organisation des sûretés(AUS) ouvre la possibilité pour le créancier de se voir attribuer la propriété du bien de façon contractuelle ou judiciaire avec l'admission du pacte comissoire(1) et l'attribution judiciaire(2).

1. L'admission du pacte comissoire

393. Traditionnellement, sous l'empire de l'Acte uniforme sur les Sûretés de 1997, la réalisation de l'hypothèque se faisait par adjudication judiciaire³⁹⁹ à la suite de la saisie de l'immeuble⁴⁰⁰. La réforme des sûretés autorise désormais, l'attribution au créancier, de l'immeuble, pour le paiement de sa créance, et ce au titre du pacte comissoire.

En effet, en matière immobilière, les articles 198 et 199 nouveaux de l'AUS disposent qu'il « *peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* ». Le créancier hypothécaire peut ainsi esquiver la procédure de saisie immobilière, longue et coûteuse⁴⁰¹. La nouveauté est toute relative à cet égard, puisque l'on passe d'une admission faite de texte contraire à une consécration expresse. Cette dernière devrait toutefois encourager les créanciers, qui pouvaient nourrir une certaine méfiance à l'égard de l'efficacité du pacte comissoire en matière hypothécaire. La

³⁹⁹ V. P. ANCEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 7^e éd., 2014, n°442.

⁴⁰⁰ V. A. de Saba, OHADA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales. droit de l'OHADA et pratique Européenne*, 2^e éd. Global Finance Securities, coll. Pratiques judiciaires et législatives, 2011.

⁴⁰¹ En France, Ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la procédure de saisie immobilière.

multiplication des dérogations entamait largement la force de la prohibition du pacte comissoire.

394. Aussi, « *la réforme ne s'inscrit pas fondamentalement en rupture avec le passé. Elle constitue moins une révolution qu'une évolution qu'elle vient parachever* »⁴⁰².

Contrairement aux meubles corporels pour lesquels le législateur a offert la possibilité de stipuler le pacte comissoire relativement à plusieurs meubles, seule l'hypothèque a été prise en compte, s'agissant des sûretés réelles immobilières. La valeur du bien remis en garantie pouvant être très supérieure à celle de la créance, il a longtemps semblé nécessaire de proscrire la clause permettant au créancier de s'approprier la chose remise en garantie à défaut de paiement à l'échéance. Cette règle des plus traditionnelles⁴⁰³ tendait à éviter un enrichissement injuste du créancier⁴⁰⁴, à protéger le constituant et à lutter contre l'usure⁴⁰⁵. Au fil des ans, la portée de l'interdiction n'a toutefois cessé de s'amenuiser. D'une part, il n'était prohibé que s'il était stipulé au moment de la constitution du gage⁴⁰⁶. D'autre part, la jurisprudence limitait le champ d'application de la règle en refusant de l'appliquer à l'hypothèque, à défaut de textes équivalents aux anciens articles 2078 et 2088 du Code civil interdisant le pacte dans les contrats de gage ou d'antichrèse⁴⁰⁷. De même, l'interdiction du pacte comissoire avait été écartée à l'égard du gage espèces⁴⁰⁸ et elle l'était encore, « *non en droit, mais en pratique* », pour le nantissement de créance⁴⁰⁹. Enfin, la Cour de cassation en

⁴⁰² S. HEBERT, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007, p. 2052, n° 3.

⁴⁰³ Elle était déjà présente en droit romain où une constitution de l'empereur Constantin en 326 condamna tout pacte autorisant le créancier à conserver le gage à défaut de paiement. Voir ainsi : G. WIEDERKEHR, « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles », in Études offertes à Alfred JAUFFRET, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, op. cit., n° 856 et 860 ; M. PLANIOL, G. RIPERT et E. BECQUÉ, T. 12, op. cit., n° 121.

⁴⁰⁴ Ph. THÉRY, op. cit., n° 265.

⁴⁰⁵ V. notamment : M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, T. 12, op. cit., n° 121.

⁴⁰⁶ La Cour de cassation le considère en effet valable s'il est adjoint au gage après la formation de celui-ci. V. Cass. req. 8 mai 1934, S. 1934, I, p. 342 ; Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 1959, Bull. civ. I, n° 480.

⁴⁰⁷ V. ainsi : Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1957, Bull. civ. I, n° 149, qui juge valable la convention par laquelle le débiteur consent à son créancier une promesse de vente sur un immeuble sur lequel il vient de lui conférer une hypothèque. Une partie de la doctrine considérait donc valable une telle stipulation ; V. M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, T. 12, op. cit., n° 445 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, op. cit., n° 293 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, op. cit., n° 687 ; G. WIEDERKEHR, op. cit., p. 663. Un raisonnement par analogie fondé sur l'interdiction de la clause de voie parée en matière hypothécaire, aurait pourtant permis une extension de l'interdiction à l'hypothèque. voir : Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, op. cit., n° 492 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, op. cit., n° 1087 et s.

⁴⁰⁸ Voir : Cass. com. 9 avr. 1996, Bull. civ. IV, no 116 ; D. 1996, p., 399, note Ch. LARROUMET ; D. 1996, Somm., p. 385, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G, 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1996, 669, obs. P. CROCQ ; Cass. com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 165 ; D. 1998, p. 61, note J. FRANÇOIS ; JCP éd. G, 1997, II, 22891, rapp. J.-P. RÉMERY.

⁴⁰⁹ L. AYNÈS et P. CROCQ, op. cit., n° 515 et 527. L'impossibilité pour le créancier de s'approprier la chose était gênante lorsque la créance nantie vient à échéance avant la créance garantie. Dans ce cas-là, le créancier ne peut en effet encaisser la somme d'argent issue de la créance nantie. Aussi, la pratique s'efforçait de contourner

France avait eu l'occasion de limiter l'intensité de l'interdiction en considérant que sa méconnaissance n'ouvrait droit qu'à une action en nullité relative à laquelle le constituant pouvait renoncer⁴¹⁰. Ces assouplissements étaient nécessaires et opportuns. L'interdiction était parfois inutile et le constituant ne pâtît pas toujours de l'existence d'un pacte commissaire. La sécurité et la facilité de réalisation engendrée par le pacte commissaire peuvent, en effet, faciliter son accès au crédit⁴¹¹. Il peut également être préférable pour le constituant que son bien soit attribué au créancier plutôt que revendu à un prix inférieur à sa valeur réelle avec les frais engendrés par la vente publique aux enchères⁴¹².

395. L'introduction en France du pacte commissaire par l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés⁴¹³ n'avait pas manqué de susciter de nombreuses critiques de la part de la doctrine⁴¹⁴.

Selon un auteur, la consécration légale du pacte commissaire en matière immobilière venait surtout renouveler la conception de l'hypothèque, puisque le créancier se voyait accorder un droit en pleine propriété sur l'objet de sa garantie : l'hypothèque n'était donc plus seulement un « *droit à la valeur du bien* », selon cette analyse ; elle devenait un droit à la propriété, même si ce droit restait « *conditionnel* »⁴¹⁵.¹⁸

la difficulté en octroyant au créancier nanti un mandat ou une délégation afin de recevoir le paiement au lieu et place du constituant. V. Cass. civ. 30 mai 1947, S. 1947, I, p. 140 : « N'est pas prohibée, au sens de l'article 2078, la clause qui permet au créancier de recevoir le montant de la créance engagée lorsqu'elle s'applique non au droit de créance lui-même, mais aux deniers provenant de son paiement extinctif ». Sur la nécessité d'écarter la prohibition du pacte commissaire à l'égard du nantissement de créance, voir : D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, n° 161 ; G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 667. Plus généralement, l'interdiction du pacte commissaire aurait pu être écartée à l'égard de tous les biens qui portent en eux-mêmes leur valeur, aucun risque de spoliation du constituant ne devant alors être redouté. Sur ce point, voir : Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 757.

⁴¹⁰ Cass. com. 5 oct. 2004, JCP éd. G, 2004, II, 10191, note S. PIEDELIEVRE. Contra : CA Paris, 7 mai 2004, JCP éd. G, 2004, I, 188, n° 16, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE. Seul le pacte est atteint par la nullité voir : CA Versailles, 28 oct. 1993, Bull. inf. C. cass., 15 février 1994, n° 227, à moins que les parties n'en aient fait la cause déterminante de leur consentement : v. Cass. civ. 1^{re}, 4 déc. 2001, Bull. civ. I, n° 100. Avant l'arrêt du 5 octobre 2004, la nature de la nullité frappant le pacte commissaire était incertaine. Sur ce point, v. G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 675. Illustrant la difficulté de déterminer si l'interdiction protège essentiellement un intérêt privé ou public, voir les hésitations de M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, T. 12, *op. cit.*, n° 121 : « cette nullité est édictée dans l'intérêt du débiteur, parce que la clause cache presque toujours un prêt usuraire, la valeur de l'objet donné en gage étant supérieure à la dette garantie ; la prohibition est donc d'ordre public »

⁴¹¹ voir notamment : Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 751 et s.

⁴¹² Sur les économies pouvant en résulter, voir notamment : G. WIEDERKEHR, *op. cit.*, p. 662.

⁴¹³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O. 24 mars 2006, pp. 4467 et s.

⁴¹⁴ Ph. DELEBECQUE, « Le régime des hypothèques », Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G. 2006, suppl. n° 20, 1 n° 23 et s ; G. FLORA, « La réalisation de l'hypothèque », *RLDA*, n° 14, mars 2007, p. 96 ; V. cependant P. Malaurie, L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés*, Defrénois, 2008, 3^e éd., n° 86 ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, LGDJ, 2005, n° 740 et s.

⁴¹⁵ C. MOULY, *JCL. Code civil*, art. 2114 à 2117, Hypothèque, caractères, effets, n° 63.

396. En dépit de cette controverse, le législateur OHADA a accueilli le pacte comissoire en matière immobilière dans le droit de l'espace communautaire ; celui-ci peut désormais être stipulé à l'occasion d'une hypothèque conventionnelle, si les conditions relatives à la personne du constituant et celles relatives à l'immeuble sont cumulativement remplies.

397. À l'époque, les difficultés de procéder à l'évaluation objective de l'immeuble, la faculté pour les banques de faciliter la désignation de l'expert de leur choix, ainsi que le risque de collusion frauduleuse entre cet expert et le créancier, figuraient parmi les principales objections soulevées⁴¹⁶.

Aussi, convenait-il que les auteurs de la réforme du droit OHADA des sûretés y répondent par des dispositions appropriées et surtout, apportent à la pratique une alternative aux procédures de saisie, dont la longueur, le coût et l'inefficacité étaient régulièrement dénoncés par les opérateurs économiques⁴¹⁷. Cette innovation traduit la volonté du législateur d'aider les institutions financières à contourner les difficultés liées à la longue durée des procédures de saisies immobilières ainsi que leur complexité et leur incertitude. La possibilité d'insérer un pacte comissoire dans les actes constitutifs de garantie portant sur un bien immobilier est désormais reconnue par les nouveaux textes de l'OHADA⁴¹⁸.

398. Mais que signifie pacte comissoire ? Selon le lexique juridique élaboré sous la direction du Professeur Rémy CABRILLAC, il est considéré comme étant une clause qui confère au créancier, titulaire d'une sûreté, la faculté de s'attribuer par avance de plein droit, la propriété d'un bien de son débiteur en cas de non-paiement à l'échéance. Pour le Professeur Gérard, le pacte comissoire est : « *la convention (...) par laquelle le créancier se fait consentir le droit de s'approprier de lui-même (sans avoir à le demander au juge) la chose mise en gage, faute de paiement à l'échéance* »⁴¹⁹.

399. Ses définitions se résument dans celle donnée par M. BRIZOUA Bi, quand il énonce le pacte comissoire comme : « *une convention conclue entre le constituant et le*

⁴¹⁶ J.-M. HOCQUART, « Le pacte comissoire, une fausse bonne idée ? », in Réformer l'hypothèque, *Droit & Patrimoine*, novembre 2005, comm. 142, p. 80 et s.

⁴¹⁷ V. A. FÉNÉON, « Le pacte comissoire : Une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les Sûretés » in PENANT, n° 877, Octobre -Décembre 2011, p. 429.

⁴¹⁸ V. M. DIALLO, « Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur le droit des sûretés », in *Revue de l'ERSUMA*, n°2, mars 2013, p. 349 et s.

⁴¹⁹ *Vocabulaire juridique*, G. Cornu, Association H. Capitant, PUF, 10^e éd., 2014.

créancier lors de la constitution de l'hypothèque, ou postérieurement par voie d'avenant, au terme de laquelle le créancier, en cas de défaillance du débiteur, deviendra automatiquement propriétaire de l'immeuble hypothéqué »⁴²⁰.

400. Cette définition introduit un élément qui mérite de retenir l'attention : l'attribution du bien sans en référer à un juge. Il s'agit à l'évidence, d'une spécificité du pacte comissoire par rapport aux autres modes d'extinction d'une créance, lorsque le débiteur ne s'exécute pas volontairement.

401. Il apparaît ainsi que le pacte comissoire constitue une situation contractuelle, par laquelle les parties règlent les modalités de réalisation de la sûreté consentie en garantie de l'exécution d'une obligation principale contractuelle, et ce sans le recours au juge.

Par référence au droit français, il peut être rappelé que le Code civil, dans le titre portant sur les sûretés réelles, dispose en son article 2348, alinéa 1er : « *Il peut être convenu, lors de la constitution du gage postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé.* »

Si cette définition renvoie à une notion identique à celle prévue par le législateur OHADA, elle a en revanche le mérite de préciser que, la stipulation peut intervenir au moment de la constitution de la garantie, ou postérieurement ; précisions que le droit OHADA n'apporte pas, alors qu'à l'évidence la question de l'application du texte nouveau aux contrats en cours ne manquera pas de se poser.

402. La solution de la jurisprudence française nous paraît transposable en droit OHADA, en ce qu'elle considère que la clause est valable, même si elle intervient postérieurement à la convention de garantie à titre d'avenant à des contrats antérieurs à l'entrée en vigueur du nouveau texte.

C'est ainsi notamment que, par un arrêt du 5 octobre 2004⁴²¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu considérer que les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne faisaient pas obstacle à ce que postérieurement à la constitution du gage, le débiteur demande au créancier gagiste de procéder pour son compte, à la vente de la chose donnée en gage.

⁴²⁰ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n°448.

⁴²¹ Cass., 5 octobre 2004, pourvoi n° 0100863, BNP c/ X., *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 176, p. 199.

Il est certes plus aisé d'introduire une clause portant pacte comissoire, lors de la constitution de la garantie plutôt qu'ultérieurement, mais cette possibilité n'est pas exclue, dès lors que les conditions de constitution du pacte comissoire ne sont pas réunies.

403. Si les parties sont libres de contracter et de mettre dans leur convention toutes les stipulations propres à garantir leurs intérêts, tant que l'ordre public n'est pas mis en cause⁴²², le pacte comissoire n'est valable pour sa part que s'il se rapporte à son objet. Le pacte comissoire opère de manière automatique, sans nécessiter d'expression de la volonté du créancier. Il permet le transfert de l'immeuble en pleine propriété au créancier, par le seul effet de la défaillance du débiteur.

En principe, sauf volonté différente des parties, le moment du transfert sera celui de « *l'inexécution avérée du débiteur, celui de l'échéance sans effet d'une mise en demeure puisqu'en principe la seule échéance du terme ne constitue pas le débiteur en faute* »⁴²³. Cependant, rien ne s'oppose là encore, à ce que le créancier se réserve le choix, par une clause du pacte comissoire, entre l'adjudication sur saisie et l'attribution conventionnelle.

2. La reconnaissance de l'attribution judiciaire de l'immeuble objet de l'hypothèque

404. L'article 198 du projet d'AUS le permet expressément. Plus précisément, le créancier hypothécaire qui n'est pas payé à l'échéance peut, au lieu de poursuivre la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, demander au tribunal de lui attribuer la propriété de l'immeuble, pour valoir le paiement de sa créance que le constituant n'a pas pu honorer.

Le législateur transpose ainsi en matière d'hypothèque la faculté d'attribution judiciaire reconnue en matière de gage.

405. En l'absence d'autres précisions, nous pouvons déduire de ces dispositions laconiques qu'il suffira pour le banquier d'attirer par voie d'assignation le débiteur devant le tribunal compétent pour se voir attribuer l'immeuble hypothéqué, en prouvant qu'à l'échéance, le débiteur n'a pas pu honorer sa dette. Si cette preuve (c'est-à-dire la défaillance

⁴²² Ainsi, la prohibition de la clause de voie parée vient rappeler que les textes régissant les procédures civiles d'exécution relèvent de l'ordre public, dans l'intérêt de tous, créanciers et débiteurs : A. LEBORGNE, *Droit de l'exécution : voies d'exécution et procédures de distribution*, 2^e éd., Dalloz, 2014, n° 4.

⁴²³ L. AYNÈS, « Le nouveau droit du gage », in *Sûretés mobilières : du nouveau*, Dr. et patr., n° 161, juillet août 2007, p. 48.

du débiteur) est rapportée, le juge doit faire droit à sa demande, sauf « *si l'immeuble constitue la résidence principale du constituant* ». En effet, la demande d'attribution judiciaire de l'immeuble, objet de la garantie, est désormais reconnue au créancier hypothécaire à condition qu'elle ne soit la résidence principale du constituant.

406. Outre cette impossibilité pour la banque de se faire attribuer judiciairement un immeuble servant de résidence principale du constituant, le législateur OHADA a pris une autre précaution en faveur du débiteur : la détermination de la valeur de l'immeuble par voie d'expertise amiable ou judiciaire. L'article 200 de l'AUS a confié à un tiers neutre le soin de déterminer la valeur de l'immeuble : « ... *l'immeuble doit être estimé par expert désigné amiablement ou judiciairement. Si sa valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit verser au constituant une somme égale à la différence...* ».

Cette disposition a pour but d'empêcher le créancier de contraindre le débiteur à céder un bien sans rapport avec la créance.

407. Pour préserver les intérêts des tiers, le texte (art. 200) prévoit que s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, celui qui s'est fait attribuer judiciairement l'immeuble doit « consigner » l'éventuel excédent. La loi dit expressément que « *Toute clause contraire (à cette obligation de consigner le surplus de la valeur de l'immeuble) est réputée non écrite* ». Les parties ne peuvent donc pas convenir que cet excédent soit reversé au débiteur. C'est tout à fait légitime que les autres créanciers hypothécaires de second rang soient protégés.

408. Il est intéressant de noter que, dans cette perspective, l'exigence d'une expertise s'impose avec la même force lorsque le créancier sollicite l'attribution judiciaire d'un immeuble, possibilité nouvellement introduite par la réforme de décembre 2010⁴²⁴. Cette possibilité est cependant assortie de dérogations et de conditions qui peuvent à notre humble avis susciter peu d'intérêt pour les établissements financiers à recourir à cette forme alternative de remboursement de leur crédit.

L'admission de ces voies alternatives à la réalisation de la garantie immobilière traduit, même si la consécration n'est pas formelle, une amorce de recul de la prohibition de la clause de voie parée.

⁴²⁴ V. art. 198 et 199 AUS.

B. Des procédures fondamentalement limitées et encadrées

409. Il ne faut pas vite se réjouir de cette possibilité ou liberté offerte aux parties au contrat d'hypothèque, parce qu'elle est fortement encadrée et limitée⁴²⁵. Cela afin comme le justifie certains auteurs d'éviter les fraudes et autres abus. Pour d'autres au contraire c'est un frein dommageable à l'expansion et à l'adoption de cette sûreté par la pratique⁴²⁶.

Les techniques nouvelles de réalisation de l'hypothèque censées plus rapide connaissent donc de nombreuses limites d'origine légale(1) auxquelles il faut ajouter d'autres lacunes(2).

1. Les limites légales de leur usage

410. En effet, le législateur précise bien que le pacte comissoire et l'attribution judiciaire ne sont admis que si :

Le constituant est une personne physique ou morale immatriculée au RCCM.

L'immeuble n'est pas à usage d'habitation ou qu'il ne constitue pas la résidence principale du constituant.

C'est ainsi que la résidence principale est exclue de l'objet du pacte comissoire et de l'attribution judiciaire. Autrement dit, les résidences à usage d'habitation sont exclues. Seule la résidence secondaire peut faire l'objet d'un pacte comissoire dans les actes constitutifs de garantie.

411. L'article 199 a expressément indiqué par ailleurs qu'« *à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au registre du commerce et du crédit mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation, il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué* ».

⁴²⁵ V. M. BRIZOUA-BI, P. CROCQ (dir.), L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n° 443.

⁴²⁶ V. dans ce sens M. DIALLO, « Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur le droit des sûretés », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 2, mars 2013, p. 355 ; Comp. V. M. BRIZOUA-BI, P. CROCQ (dir.), L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n° 443 et s.

412. La condition posée selon laquelle l'immeuble ne doit pas servir à usage d'habitation apparaît à l'évidence équivoque ; elle peut être source de plusieurs interprétations et ne permet certainement pas d'appréhender pleinement l'esprit du législateur.

En effet, il peut se poser la question de savoir si la référence faite à cet usage concerne exclusivement le constituant ou, au contraire, tout autre occupant.

En d'autres termes, est-ce qu'un immeuble du débiteur ne lui servant pas d'habitation à titre personnel, mais mis en bail à usage d'habitation peut faire l'objet d'une telle stipulation ?

Qu'en est-il d'un immeuble à usage d'habitation future, mais non encore habité (question intéressant particulièrement les promoteurs) ? Quel sera le sort réservé aux locataires du débiteur, dans l'hypothèse où celui-ci n'habiterait pas l'immeuble concerné par le pacte commissaire ? Ces interrogations n'ont donc pas qu'un intérêt théorique.

Pour sa part, le droit français a clairement apporté une solution à ces questions : l'article 2459 du Code civil disposant qu'« *il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur* ».

Ce texte a donc l'avantage d'être précis, en visant exclusivement le débiteur et sa résidence principale.

413. Tel n'est pas le cas de l'article 199 de l'Acte uniforme révisé.

Dans le seul état du texte et en l'absence de toute interprétation jurisprudentielle, on doit actuellement en déduire que, l'immeuble visé est exclusivement celui servant d'habitation au débiteur ou au constituant, de sorte que les autres immeubles leur appartenant, quel que soit l'usage auquel ils sont destinés, doivent pouvoir faire l'objet de la stipulation. Ce raisonnement s'induit également des termes de l'article 198, qui prévoit expressément que l'attribution judiciaire de l'immeuble n'est pas ouverte, si l'immeuble constitue la résidence principale du débiteur.

Cette solution n'est cependant pas très satisfaisante, dès lors que l'institution du pacte commissaire vise à permettre le transfert de propriété du bien offert en garantie par son propriétaire⁴²⁷.

Il en va de même pour l'attribution judiciaire où les créanciers ne peuvent solliciter y recourir que pour les résidences secondaires du ou des constituants. Cependant, en l'absence de critères définis par la loi, il n'est toujours pas facile dans la pratique d'identifier la

⁴²⁷ A. FÉNEON, *op. cit.*, p. 10.

résidence secondaire surtout lorsque l'on est en face d'un constituant ou d'un débiteur de mauvaise foi. C'est le cas par exemple d'une personne qui a plusieurs résidences dans lesquelles vivent ses propres épouses et ses enfants. C'est le cas également lorsque le seul immeuble que détient le constituant n'est pas occupé par ce dernier, mais fait l'objet d'un bail à usage d'habitation.

414. Dans le même registre, nous estimons que bien au contraire qu'il serait plus logique et plus équitable de ne pas exclure la résidence principale de l'attribution judiciaire si toutefois on améliore les conditions de forme de sa réalisation pour préserver davantage les intérêts du débiteur. En effet, le fait que le débiteur soit conscient du risque de voir perdre son bien par cette voie beaucoup plus simplifiée, mais tout de même acceptée par elle-même, l'inciterait sans doute à davantage à respecter ses engagements et par la même occasion à encourager les banques à faciliter l'accès au crédit. Au demeurant, ce remboursement opéré par cette voie ne peut en aucun cas constituer un avantage pour la banque, car l'on ne peut ignorer que les ressources immobilisées pendant tout le temps que va durer une procédure de recouvrement ne sont jamais compensées ni par le décompte des intérêts de droit encore moins par une plus-value de cession. Ne dit-on pas coutumièrement que la garantie est un accessoire au remboursement du crédit ; le banquier aura forcément échoué dans sa politique d'appréciation du risque sur le client si le remboursement se fait par la garantie et non par l'activité de ce dernier. Autrement dit, en se faisant rembourser par la mise en œuvre de la garantie, la banque prend le risque de parier sur un client en mettant à sa disposition des fonds provenant de tiers avec lesquels il n'est établi qu'une relation de confiance. Cette situation fort préjudiciable pour l'équilibre des fonds et la rentabilité de la banque se caractérise souvent par une dotation aux provisions qu'un directeur général qualifie de prime octroyée au mauvais payeur⁴²⁸.

415. Si le pacte comissoire et l'attribution judiciaire sont désormais admis, l'esprit qui fondait leur prohibition reste influent, notamment pour le premier. C'est ce qui explique que le pacte est interdit lorsqu'une sûreté immobilière porte sur la résidence principale du constituant. Ce sont là des mesures relevant de l'ordre public catégoriel, mais il ne s'agit que d'exceptions à une démarche libérale. Les textes issus de la réforme de décembre 2010 admettant la validité du pacte comissoire sont peu précis. S'ils laissent une certaine liberté

⁴²⁸ V. M. DIALLO, « Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur le droit des suretés », *op. cit.*, p. 354 et s.

aux parties, celles-ci devront veiller à une rédaction claire et minutieuse de leur convention sous peine de se heurter à une réaction négative du juge désireux de protéger le constituant. En raison de formalisme particulier quant au pacte, la théorie des vices du consentement pourrait aisément être mise à profit pour venir assurer la protection du constituant n'ayant pas perçu le sens et la portée de son engagement. Par ailleurs, on peut regretter l'incertitude régnant sur le caractère impératif ou supplétif de l'obligation pour le créancier d'avoir à reverser ou à consigner l'excédent pouvant exister entre la valeur du bien et le montant de la dette garantie⁴²⁹. Ainsi, les parties pourraient convenir que cet excédent sera conservé par le créancier attributaire ; mais il s'agira alors d'un surplus de rémunération, qui devra être juridiquement traité comme tel. La sûreté serait alors source d'un enrichissement du créancier, ce qui peut apparaître quelque peu contre nature. Vu son caractère accessoire, elle est en effet affectée au service exclusif de l'obligation principale.

416. Attribuer au créancier la différence entre la valeur du bien et la créance garantie serait dépassé cet objet. Plus qu'un complément de rémunération, il est possible de voir là l'équivalent d'une clause pénale. La conservation de l'excédent par le créancier n'intervient que dans l'hypothèse d'une défaillance du débiteur qui ne s'acquitterait pas de son obligation principale. La rémunération due au créancier au titre de l'opération de crédit ne devrait pas interférer sur la réalisation de la sûreté.

417. Enfin, l'AUS ne précise pas la manière dont les relations entre le bénéficiaire du pacte et les autres créanciers du constituant bénéficiant d'une sûreté sur le même bien doivent se régler. Il est simplement indiqué que, dans une telle hypothèse, la différence entre la valeur du bien et la créance garantie doit être consignée⁴³⁰. Le créancier attributaire a-t-il vocation à échapper à tout concours ou doit-il composer avec le droit de suite des autres créanciers titulaires de sûretés ? En prévoyant la consignation de l'excédent, le Code civil confirme que le pacte commissaire place le créancier en situation d'exclusivité. Les autres créanciers sont alors invités à faire valoir leur droit de préférence sur la soulte éventuelle.

418. Il y a lieu aussi d'observer que l'Acte uniforme n'envisage pas la question de la mise en œuvre du pacte commissaire et de l'attribution judiciaire, en cas de concours de plusieurs créanciers inscrits sur le même immeuble. Il ne précise pas non plus si l'attribution

⁴²⁹ V. art. 200 alinéa 2 AUS.

⁴³⁰ Art. 200 alinéa 2 AUS.

de la propriété de l'immeuble en paiement peut être demandée par n'importe quel créancier hypothécaire, ou si elle est réservée aux créanciers inscrits de premier rang.

L'Acte uniforme envisage seulement l'hypothèse où, l'immeuble est attribué au créancier pour une valeur supérieure au montant de sa créance.

419. Cependant, il est incontestable qu'en matière immobilière, les créanciers hypothécaires et privilégiés conservent leurs droits de suite, en dépit de l'aliénation de l'immeuble en cas d'exécution du pacte comissoire, de son attribution aux créanciers qui bénéficiaient de cette convention. Aucune purge des inscriptions n'étant prévue, le créancier d'un rang supérieur évincé par l'exercice du pacte comissoire ou l'attribution judiciaire serait en droit d'opposer son droit de suite à l'attributaire. La souplesse en principe introduite par le pacte comissoire risque alors, de fait, d'être annihilée par une phase judiciaire postérieure à la réalisation effectuée par le premier agissant, pour ne pas dire le premier saisissant, nécessaire à rétablir l'ordre des créanciers. On peut toutefois imaginer qu'en pratique, des procédures d'ordre amiable voient le jour. La solution à cette inquiétude dans l'immédiat, pourrait se trouver dans l'arrêt de la Cour de cassation française⁴³¹ qui observe que l'attribution du gage est indépendante des règles concernant l'ordre dans lequel s'exercent sur le prix les divers privilèges en cas de vente du bien nanti. Une solution identique devrait pouvoir s'appliquer en matière d'hypothèque⁴³².

420. Malgré ces quelques incertitudes, l'apport de la réforme de l'AUS est essentiel puisqu'elle parachève le déclin progressif de la prohibition du pacte comissoire, sans pour autant que l'on puisse considérer qu'il s'ensuive une remise en cause intolérable des droits du constituant.

2. Les autres points d'ombres des deux mécanismes de réalisation de l'hypothèque

421. Si la faculté d'attribution judiciaire du bien en pleine propriété se comprend parfaitement en matière mobilière ; elle permet une réalisation rapide de la sûreté et ne se heurte qu'à des difficultés de nature technique. Elle est en revanche beaucoup plus difficile à admettre en matière immobilière compte tenu des difficultés d'évaluation d'un immeuble et

⁴³¹ Cass. com., 31 janv. 1983, Bull. civ. 1983, IV, n°43.

⁴³² Dans le même sens v. ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°19.

des aspects socio psychologiques attachés à l'immeuble. En outre, on peut craindre que la disposition ne favorise, les reventes (par les créanciers institutionnels) de biens immobiliers sur des marchés parallèles.

422. Il est surprenant voire curieux que l'acte uniforme OHADA qui vise à rendre plus sur l'environnement juridique et économique de nos États ait cédé ici à certaines sirènes de a flexibilité et d'un prétendu libéralisme.

L'immeuble n'est pas un bien comme un autre et nous admettons difficilement que dans le contexte des États membres de l'OHADA, où la propriété foncière a du mal à être strictement organisée, les créanciers se voient accorder la faculté de pouvoir s'attribuer « librement » les biens de leurs débiteurs et devenir propriétaire à leur place.

En outre, les arguments tirés de la rapidité de la procédure d'attribution et de son faible coût par rapport à la procédure de saisie immobilière tel que prévu par l'AUPSRVE ne nous paraissent pas totalement recevables. D'une part, la longueur et la lourdeur de la procédure dont se plaignent les acteurs du crédit pourraient être corrigées par le législateur en supprimant les formalités inutiles et les incidents pléthoriques. D'autre part, le recours à un expert engendrera nécessairement des délais et frais qui ne seront pas forcément plus supportables que ceux de la procédure de la saisie de l'AUPSRVE. De surcroit, l'Acte uniforme reste muet sur celui des cocontractants qui devra supporter ces frais.

423. Concernant la limitation fixée par le législateur en ce qui concerne les immeubles du débiteur susceptibles de faire l'objet d'une attribution judiciaire ou conventionnelle, des questions demeurent au regard du silence de l'Acte Uniforme. Si l'exclusion de l'immeuble qui constitue ou « abrite »⁴³³ la résidence principale du constituant est appréciable, nous nous interrogeons sur le sort des résidences secondaires qui ne semble bénéficier d'aucune protection légale. Quid aussi des terres cultivées et transmises de génération en génération ou de la maison familiale ?

424. En référence avec le terme utilisé dans l'article 198 nous nous interrogeons, par un raisonnement à contrario, sur l'attribution judiciaire d'un immeuble à usage d'habitation. Quid d'un immeuble qui sert à la fois d'usage d'habitation et de résidence principale pour le constituant ou le débiteur ? serait-il soustrait d'un éventuel octroi judiciaire au créancier ? Des

⁴³³ Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°12, qui trouve plus approprié d'user du verbe abriter pour traduire la restriction imposée par le législateur dans l'utilisation de l'attribution judiciaire.

éclaircissements méritent d'être apportés par le juge suprême OHADA afin d'assurer un bel avenir à ce mode rapide de réalisation de l'hypothèque.

425. Là où le doute paraît plus profond, c'est le cas des droits réels immobiliers qui peuvent pourtant au sens de l'article 192 al. 2, 2° faire l'objet d'hypothèque.

Ces droits pourront-ils faire l'objet d'une attribution judiciaire ou conventionnelle ?

Si dans le cas du pacte comissoire la question trouve sa réponse dans l'article 199 qui dispose en substance que « (...) *l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation(...)* », la situation paraît plus ambiguë dans le cas de l'attribution judiciaire. En effet, même si l'alinéa 2 de l'article 198 qui pose l'exception dispose que seule la résidence principale du débiteur puisse être concernée, cette restriction ne peut selon nous avoir une portée générale. L'alinéa 1^{er} du même article qui introduit ce mode de réalisation n'adopte aucune limite puisqu'il dispose tout simplement que : « (...) *le créancier impayé peut demander en justice que le l'immeuble lui demeure en paiement* ».

426. D'un point de vue plus pratique, l'attribution judiciaire qui est une voie simplifiée d'exécution se traduit par un transfert de propriété. Le bien formant l'objet de la sûreté passe du patrimoine du débiteur dans celui du créancier. Ce bien est transmis dans l'état dans lequel il se trouve au moment de l'attribution. Avec ses accessoires (servitudes actives), mais aussi avec toutes ses charges : servitudes passives, autres droits réels... etc. Il est permis de se demander si les contrats en cours dont l'immeuble peut être l'objet (baux, assurances, etc.) seront également transmis. Une réponse négative devrait s'imposer, à moins que les parties intéressées n'acceptent la cession. Quant aux vices et défauts de conformité, ils devraient être assumés par le créancier, l'attribution pouvant être considérée comme une forme de vente en justice (C. civ., art. 1649), encore que la question soit ouverte. Rien ne s'oppose par ailleurs, à ce que le débiteur accepte de garantir le créancier et de renforcer ses droits. Rien ne s'oppose, non plus, à ce que le créancier attributaire déclare faire de toutes les difficultés juridiques liées au transfert de propriété son affaire personnelle. Il faudra s'assurer des éventuels droits de préemption, fréquents dans le monde de l'immobilier. Il faudra tenir compte du régime fiscal applicable, se renseigner sur les origines de propriété, ces conditions, difficile à un débiteur de soutenir qu'il n'a pas saisi de considérer la situation patrimoniale et matrimoniale du débiteur. etc. Conclusion, l'attribution ne pourra se faire rapidement et simplement. Le tribunal devra pourtant faire le nécessaire et sa décision vaudra transfert de

propriété, mais les mesures concrètes du transfert seront souvent renvoyées au notaire compétent.

427. Le pacte commissaire et l'attribution judiciaire apportent certes une solution novatrice pour pallier les difficultés tenant à la lenteur et aux aléas des procédures judiciaires ; encore convient-il de régler, dans les meilleures conditions, les modalités d'évaluation du bien donné en garantie, afin de comparer cette évaluation au montant de la créance au jour de son impayé. Il ne peut en effet, y avoir de la part du créancier bénéficiant d'un pacte commissaire, d'enrichissement sans cause au profit de son débiteur.

428. Malgré cette initiative du législateur de l'OHADA, nous avons noté d'autres difficultés que peuvent rencontrer les institutions financières et qui sont de nature à les décourager à recourir à ces formes de réalisation de garantie hypothécaire. Nous avons entre autres : L'article 200, alinéa 2 qui dispose que, « *si la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence ...* ». S'il existe d'autres créances hypothécaires, il doit la consigner. Là encore, toute clause contraire est réputée non écrite. Rappelons qu'une solution identique a été retenue par le droit français. L'article 2348 aliéna 2 relatif aux gages des meubles corporels et l'article 2460 relatif aux hypothèques renvoient également à une évaluation par expertise amiable ou judiciaire.

Si cette solution, correcte en droit, offre plus de garanties pour la protection du débiteur, on peut néanmoins craindre que ce dernier ne cherche à user de cette expertise pour retarder la réalisation du pacte commissaire.

Encore convient-il de relever que, tant en matière mobilière qu'en matière immobilière, le texte précise seulement que le bien meuble ou le bien immeuble doit être estimé par un expert, sans pour autant préciser que cette expertise est préalable ou postérieure au transfert de propriété.

429. En matière immobilière, et ce pour une raison pratique la solution pourrait se trouver dans le fait que les législations des États parties exigent pour la plupart de procéder à une inscription de transfert de propriété avec la mention d'un prix de transfert qui servira d'assiette aux droits de mutation ; ce prix de transfert ne pouvant être obtenu que par la voie de l'évaluation prévue à l'article 200 de l'AUS.

Là encore, les parties, et principalement le créancier, devront faire preuve d'anticipation dans la rédaction du pacte commissaire, en désignant à l'avance le tiers évaluateur ou en fixant les règles permettant de le désigner, et en précisant les conditions de conservation du bien pendant le temps de la procédure de transfert et l'évaluation.

430. Cette disposition risque cependant d'enlever tout intérêt que peut avoir tout créancier à recourir à cette forme de remboursement de sa créance d'autant plus qu'il doit faire face non seulement au contentieux de recouvrement, mais surtout au contentieux lié à la valeur de sa garantie. De même l'obligation faite au créancier de rétrocéder ou de consigner la somme excédant le montant des engagements de son débiteur n'est pas de nature à motiver les institutions financières. En effet, les comptables diront que l'impact que peut avoir le remboursement en trésorerie et celui en nature (adjudication d'un immeuble par exemple) n'est pas le même dans un compte d'exploitation d'une institution surtout lorsque celle-ci s'oblige.

431. Une autre difficulté peut également surgir lorsqu'il s'agit de déterminer la date de cette restitution telle qu'exigée par l'article 200 de l'AUS. En effet, si sur le plan juridique ce problème peut être facilement réglé avec comme point de départ la mutation au nom du créancier, il reste que, sur le plan comptable, la solution est assez difficile à trouver et même à justifier. En effet, la gestion comptable d'un remboursement en somme d'argent est très différente de celui en nature. Cela est d'autant plus embarrassant pour le banquier lorsqu'il doit effectuer entre les mains du constituant ou de créanciers un reversement pour un surplus de remboursement effectué par son client alors que le bien n'est pas encore ou risque de ne jamais être revendu (crise économique et baisse du pouvoir d'achat des populations, réalités sociologiques sur les biens saisis et appartenant à autrui, etc. ...). À cela s'ajoutent, pour le banquier, d'autres charges induites par la gestion de ces immeubles acquis par voie de réalisation qui peuvent constituer une limite au recours du pacte commissaire.

432. Enfin, il convient de s'interroger sur la coexistence entre les procédés de réalisation conventionnelle de l'hypothèque et les exigences du droit des procédures collectives et, plus précisément, avec les exigences tenant à l'égalité des créanciers. En effet, le jugement qui prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens produit ses effets à compter de sa date, y compris à l'égard des tiers et avant qu'il n'ait été procédé à sa

publicité⁴³⁴. Dès lors, le jugement ouvrant la procédure emporte de plein droit interdiction de payer toute créance née antérieurement à ce jugement, à l'exception du paiement par compensation des dettes connexes⁴³⁵. Ce jugement d'ouverture fait-il également obstacle à l'exécution du pacte comissoire conclu par le créancier hypothécaire antérieurement à la décision prononçant son redressement judiciaire ou la liquidation des biens ?

On peut craindre pour l'intérêt du pacte comissoire qu'une réponse positive soit à apporter à cette question⁴³⁶. La décision d'ouverture place en effet tous les créanciers sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur paiement, qu'ils soient créanciers chirographaires ou créanciers privilégiés : la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître les droits et les créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, qu'il s'agisse de créanciers composant la masse sur les meubles ou les immeubles du débiteur⁴³⁷. Le notaire devra donc exercer son devoir de conseil envers le constituant de l'hypothèque et l'informer précisément des conséquences de la clause.

⁴³⁴ art. 52 de l'AUPCAP.

⁴³⁵ V. notamment art. 68, 102, 109 de l'AUPCAP.

⁴³⁶ Dans ce sens v. Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°37 ; A. FÉNÉON, *op. cit.*, p.17 et s.

⁴³⁷ art. 75 de l'AUPCAP.

CONCLUSION DU CHAPITRE

433. La garantie immobilière en droit OHADA a fait un toilettage de son régime à l'occasion de la révision de l'AUS en 2010.

Mais cette toilette a laissé subsister de nombreuses tâches qui pourraient assombrir sa pleine efficacité et qui traduisent une certaine incohérence dans les méthodes du législateur communautaire.

434. En effet, les difficultés préexistantes au lendemain de l'adoption du 1^{er} AUS en 1997 sont restées presque qu'intactes. Il s'agit d'un côté des contraintes liées à la constitution de cette garantie en rapport avec l'exigence du titre foncier ou de la gestion approximative des livres fonciers destinés à recueillir leur inscription. De l'autre, nonobstant l'instauration de mécanismes extra judiciaires de réalisation, les règles de réalisation traditionnelle prévues jusque-là dans l'AUPSRVE et critiquées pour leur lourdeur n'ont subi aucune réécriture ou amélioration.

435. La « *reine de sûretés* », même si elle continue de susciter l'attrait par la couronne qu'elle porte, aura du mal à la conserver en droit des sûretés OHADA, si rien n'est fait pour redorer son blason et lui redonner une pleine efficacité.

CONCLUSION DU TITRE

436. Le législateur OHADA a à travers la réforme du droit des sûretés insufflé une nouvelle dynamique aux économies des États membres par l'accroissement de l'accès au crédit. Pour cela, une quasi-réécriture du droit des sûretés s'est faite avec l'adoption d'une nouvelle définition des sûretés.

437. Le domaine des sûretés réelles n'est pas resté en marge de cette réforme. Des changements majeurs ont été opérés aussi bien dans la structure que dans le régime des sûretés réelles. À titre d'illustration, l'introduction ou la consécration de nouvelles propriétés sûretés, la redéfinition des notions de gage et du nantissement qui deviennent toutes deux des sûretés mobilières sans dépossession, mais qui portent sur des biens de nature différente.

438. Si ces réformes étaient attendues, d'un point de vue théorique elles n'ont pas entraîné une véritable révolution. Au contraire, le constat est plutôt porté sur le défaut de rationalisation de ce nouveau droit des sûretés réelles qui conserve son ADN hétéroclite en ce qui concerne les sûretés mobilières. En effet, plutôt que de suivre la tendance mondiale qui est à l'uniformisation, le législateur communautaire a démultiplié le nombre de sûretés réelles. Or, l'étude du régime de ces différentes sûretés mobilières révèle qu'un rassemblement autour d'un concept fédérateur était possible afin de rendre ce droit plus accessible et plus clair. Autre lacune majeure, le caractère élitiste de la procédure de constitution des sûretés réelles traditionnelles, qui empêche une frange importante de la population qui exerce dans le domaine informel, en majorité illettrée, voire analphabète, d'en faire usage.

439. Par conséquent, l'objectif de la facilitation de l'accès au crédit par l'usage des sûretés réelles prévues dans l'AUS s'éloigne. En témoigne le recours aux circuits parallèles, moins intransigeants pour l'obtention de crédit et aux techniques de garantie tirées du droit des obligations pour renforcer la sécurité des créances assorties de sûretés réelles traditionnelles.

440. Ces incohérences du législateur ont donc un impact indéniable sur l'efficacité des sûretés réelles dans leur quasi-totalité et elles se constatent aussi dans l'organisation de la mise en œuvre de ces sûretés réelles.

TITRE 2 : L'incohérence législative dans la réalisation des sûretés réelles

« Pour que les sûretés constituent réellement un facteur de développement économique et, plus spécialement, contribuent à la création d'entreprises, il est indispensable d'en garantir la pleine efficacité en cas d'ouverture d'une procédure collective »⁴³⁸.

441. L'efficacité des sûretés réelles est importante, car elle permet de redonner confiance aux prêteurs. Le risque d'impayé n'est jamais totalement effacé et l'efficacité d'une sûreté, en particulier d'une sûreté réelle montre de grandes limites en cas de crise économique systémique. L'efficacité de la sûreté se mesurera donc pleinement dans le but et dans la réalisation du but qu'elle poursuit⁴³⁹, c'est-à-dire la protection des intérêts financiers du créancier en priorité. Et les meilleurs terrains pour prendre la mesure de cette efficacité sont à la fois les procédures d'insolvabilité et les voies d'exécution qui en droit OHADA réservent un traitement différencié aux sûretés appartenant à la même catégorie.

442. Ainsi, à l'opposé du cantonnement de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles au moment fatidique de leur mise en œuvre(chapitre 1), les propriétés sûretés ou sûretés réelles nouvelles jouissent d'une relative résistance et efficacité (chapitre 2).

⁴³⁸ V. J. STOUFFLET, en conclusion du colloque « Repenser le droit des sûretés mobilières », ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, LGDJ, 2005, p. 114.

⁴³⁹ V. dans ce sens, M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, op. cit., n° 9, p. 19 ; La différence entre le but et la réalisation de but marque la différence entre l'efficacité et l'effectivité d'un droit ou d'une norme. Sur cette distinction voir notamment : M.-A. FRISON-ROCHE, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA* 19 mai 2005, n° 99, p. 15 ; F. TERRÉ, Rapport de synthèse, in *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association H. Capitant, Journées Françaises, t. XXXVI, Economica, 1985, spéc. p. 8 et 9 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2007, spéc. p. 136. L'auteur oppose l'effectivité et l'ineffectivité ; égal. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, V. BRÉMONT, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006, spéc. n° 33 et s.

CHAPITRE 1 : Le cantonnement de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles dans leur mise en œuvre

443. Cette contrariété se manifeste doublement. Il se constate d'une part dans les nombreuses entraves faites aux créanciers nantis de sûretés réelles notamment traditionnelles dans le système des voies d'exécution (section 2). D'autre part, cette atteinte est manifestée en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur (section 1).

Section 1 : Le bâillonnement des sûretés réelles traditionnelles dans les procédures d'insolvabilité

444. Le jugement d'ouverture du règlement préventif ou du redressement judiciaire marque le commencement du « chemin de croix »⁴⁴⁰ des créanciers antérieurs et surtout les titulaires de sûretés réelles traditionnelles⁴⁴¹.

L'ouverture de la procédure collective a pour conséquence l'arrêt brusque de l'inscription des sûretés qui tombe comme un couperet. Les sûretés obtenues avant le jugement d'ouverture, mais dont les titulaires n'ont pas encore procédé à l'inscription, seront invalidées⁴⁴². En effet, l'article 73 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, dispose que, la décision d'ouverture arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière et immobilière.

445. Cette disposition fait planer, à la fois, une incertitude (§. 1) sur l'existence des sûretés réelles en général, mais plus particulièrement sur les sûretés réelles traditionnelles. Et

⁴⁴⁰ V. F.-X. LUCAS, « Risques et responsabilités induits par les procédures collectives », *RD bancaire et financier*, n° 1, janv. 2013, dossier 13.

⁴⁴¹ V. dans ce sens, M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 351.

⁴⁴² L'URSSAF a négligé un détail de poids. L'organisme aurait dû confirmer l'inscription de sa créance auprès du cabinet chargé de la liquidation, dans un délai d'un an. Or cette omission rendrait la dette caduque. C'est ce que a retenu la cour de cassation française dans un arrêt du 4 juin 2013, pour débouter l'URSSAF en sa demande tendant à recouvrer une créance qui datait de 1990 contre M. Bernard Tapie.

cette incertitude est concrétisée par le blocage (§. 2) auquel elles sont confrontées dans leur phase active.

§. 1 : Le doute sur la survie des sûretés traditionnelles à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre le débiteur

446. Le jugement d'ouverture soumet tous les créanciers à une discipline commune. Ils doivent produire leur créance, les poursuites individuelles sont interdites et il n'est plus possible d'inscrire une sûreté. Ces mesures traduisent la volonté du législateur de ramener tous les créanciers à l'égalité. La décision d'ouverture met un terme à l'inscription des sûretés indépendamment de leur nature et de leur origine (A). Et cette prohibition, même si elle connaît des limites, est assortie de sanctions plus ou moins lourdes pour les réfractaires (B).

A. La menace suscitée par l'interdiction générale d'inscription des sûretés réelles

447. L'interdiction d'inscrire des sûretés participe de la nécessité de geler le passif à compter du jugement d'ouverture et constitue, naturellement, une entrave au recouvrement.

L'interdiction s'applique aux inscriptions qui confèrent pour la première fois, un rang au créancier titulaire de la sûreté. Sa portée est étendue, parce qu'elle vise toutes les sûretés réelles d'origine conventionnelle ou judiciaire, sous réserve de l'hypothèque légale de la masse. S'agissant particulièrement des sûretés conventionnelles, la décision d'ouverture arrête le cours de l'inscription des sûretés mobilières, des sûretés immobilières et certaines sûretés-propriétés soumises à publicité.

1. Les sûretés réelles visées

448. Presque⁴⁴³ toutes les sûretés réelles doivent se soumettre à l'inscription si elles veulent être pleinement efficaces.

Les sûretés mobilières traditionnelles soumises à la procédure d'inscription sont essentiellement le gage et le nantissement. L'inscription des sûretés mobilières renforce la finalité protectrice de l'écrit⁴⁴⁴.

⁴⁴³ Il faut préciser toutefois que le gage avec dépossession, et le nantissement de comptes de titres financiers sont exemptés de la formalité d'inscription au RCCM. V. ART 97 et 146 AUS.

Le gage tout comme le nantissement est désormais soumis pour son opposabilité aux tiers à son inscription au R.C.C.M⁴⁴⁵.

L'article 167-5^o actuel⁴⁴⁶ de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, et l'article 226 de l'AUS, classent respectivement en cinquième position et en quatrième position, les bénéficiaires d'un nantissement ou d'un gage inscrit, tout en précisant que chacun sera désintéressé «*suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier*» . Les créanciers nantis ont donc intérêt à s'inscrire dans les meilleurs délais pour prendre rang et primer les inscriptions postérieures. Le retard du créancier peut avoir pour conséquence l'inefficacité de la sûreté ou la réduction de sa valeur, si d'autres créanciers ont inscrit leur sûreté entre temps⁴⁴⁷.

La constitution de l'hypothèque aussi obéit à plusieurs formalités, parmi lesquelles, la publication, qui constitue la dernière phase du processus⁴⁴⁸. En effet, l'opposabilité de l'hypothèque est subordonnée à son inscription au registre de la publicité immobilière ou livre foncier conformément aux règles de publicité foncière prévues par chaque loi nationale⁴⁴⁹. Cette publicité assure la sécurité des transactions immobilières. Avant la réforme, l'Acte uniforme manifestait une certaine souplesse relativement à la durée de l'effet de l'inscription de cette sûreté réelle qui était appréciée par la doctrine⁴⁵⁰. En effet, même s'il imposait aux parties de déterminer de façon conventionnelle le délai de conservation de l'inscription hypothécaire, la latitude leur était laissée d'en fixer la durée⁴⁵¹.

Désormais, ce délai de péremption de l'inscription est toujours fixé, soit par les parties pour l'hypothèque conventionnelle, soit par le juge pour l'hypothèque judiciaire, mais pour une période ne devant pas excéder trois décennies⁴⁵².

Cette imposition qu'on pourrait qualifier de rigide comparativement aux dispositions antérieures, peut être interprétée comme un simple principe, une directive à défaut de textes

⁴⁴⁴ F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, Bruxelles, 2002, n° 205.

⁴⁴⁵ Comp. avec les anciens articles 49, 65 ou 73 de l'AUS, qui soumettaient la validité du gage ou nantissement à un enregistrement en sus de l'inscription au R.C.C.M.

⁴⁴⁶ Dans le projet de réforme de l'AUPCAP ces sûretés viennent en cinquième position pour tenir compte de l'introduction des créanciers super privilégiés « d'argent frais ».

⁴⁴⁷ V. à ce sujet L. B. YONDO et *alii*, sous la direction de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, n°181 et suivant qui donne les raisons de sécurité juridique et surtout économique qui ont guidées l'uniformisation et le prolongement du délai de conservation de certaines sûretés réelles inscrites au RCCM.

⁴⁴⁸ V *supra*, p. 126 et s.

⁴⁴⁹ V. art 195 AUS

⁴⁵⁰ V. dans ce sens E. SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, Thèse Yaoundé II, 2008, n°40, p. 52 ; M. KOKO BEBEY (H.D.), *La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie*, www.juriscope.org; p. 16.

⁴⁵¹ V. ancien art. 123 AUS.

⁴⁵² V. art. 196 AUS.

contraires sur la question. Cela parce que dans le même article 196 de l'AUS, le législateur prend soin de préciser que ce délai s'impose « ...*sauf disposition contraire d'une loi nationale* ».

Le souci du législateur est d'assurer la sécurité juridique par l'éradication des transactions occultes. Cet objectif du législateur africain ne peut cependant être atteint que si l'organisation des services de la conservation foncière permet une inscription rapide et efficace. En effet, les lenteurs administratives pourraient avoir des conséquences néfastes sur les droits des créanciers : le dépôt du bilan par le débiteur alors que l'inscription n'est pas encore obtenue, ou l'accumulation des hypothèques en cours d'inscription, ce qui risquerait de créer des conflits des droits.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés consacre l'hypothèque différée dont la publication peut est retardée, pendant un délai maximum de quatre-vingt-dix jours (90 j.), sans que le créancier perde le rang qui lui est acquis⁴⁵³. L'acte constitutif est rédigé dans les formes ordinaires et un original ou une expédition remis au créancier hypothécaire ainsi qu'un duplicata du titre foncier. Ce dernier dépose tout le dossier à la conservation foncière en faisant défense au conservateur de ne procéder à aucune inscription au préjudice de son droit, dans le délai légal de quatre-vingt-dix jours. Si au cours du délai, une inscription est requise, le conservateur doit, au préalable, procéder à l'inscription de l'hypothèque différée.

L'hypothèque différée, garantie des prêts à court terme, est un moyen de financement des entreprises qui éprouvent des difficultés ponctuelles et passagères de trésorerie. Elle met la pression sur le bénéficiaire du crédit qui, sentant son droit de propriété menacé par l'inscription éventuelle, sera amené à désintéresser son créancier avant l'expiration du délai prévu par la loi.

Cette sûreté, qui est une nécessité sur le plan économique, pose des difficultés lorsque le débiteur cesse ses paiements. Quel est son sort si la décision d'ouverture intervient avant l'inscription ? Il est nécessaire de distinguer deux hypothèses. Si le créancier n'a pas inscrit définitivement sa sûreté après quatre-vingt-dix jours, en dépit du non-paiement de sa créance, il paiera les frais de sa négligence. Par conséquent, il produira dans la masse, en qualité de simple créancier chirographaire avec toutes les conséquences. En revanche, si le dépôt de bilan intervient alors que le créancier est encore dans le délai légal de quatre-vingt-dix jours, logiquement le tribunal devrait lui permettre d'inscrire son hypothèque. Une solution

⁴⁵³ Art. 207 AUS.

contraire serait une atteinte à la sécurité juridique, finalité de la règle de droit, et partant, une remise en cause de cette sûreté, d'une utilité économique avérée.

Les créanciers titulaires de sûretés-proprétés sont également concernés par l'arrêt des inscriptions, mais leur sort est bien différent, car ils bénéficient de certaines dérogations⁴⁵⁴.

2. Les effets de la non-inscription

449. L'inscription est une condition d'opposabilité des sûretés. Les formalités simplifiées sont effectuées au registre du commerce et du crédit mobilier tenu au greffe de la juridiction compétente, sous la surveillance du président du tribunal ou d'un juge délégué ou de l'autorité compétente dans l'État partie⁴⁵⁵. Avant la réforme, les services d'inscription variaient en fonction de la nature et de l'assiette de la sûreté⁴⁵⁶. Cette variation ne permettait pas la maîtrise des transactions et une bonne lisibilité des opérations juridiques effectuées par une entreprise. Par conséquent, les fournisseurs de crédit sollicitaient davantage les sûretés avec dépossession, pour des raisons d'efficacité⁴⁵⁷. Ces sûretés épuisaient le crédit de l'emprunteur et son activité risquait d'être paralysée par le retrait du bien affecté en garantie. La centralisation des inscriptions est une innovation de l'OHADA. Elle permet au fournisseur de crédit de faire une évaluation globale de la solvabilité et des capacités de remboursement du débiteur, à partir des sûretés qui grèvent ses biens, afin de s'engager avec lui

Si l'interdiction s'impose aux créanciers qui sollicitent une première inscription, elle est discutée lorsqu'il s'agit de renouveler une inscription qui avait déjà été effectuée avant le jugement d'ouverture.

L'inscription conserve les droits du créancier jusqu'à la date fixée par la convention ; son effet cesse si elle n'est pas renouvelée avant l'expiration du délai pour une durée déterminée. L'inscription des sûretés contractuelles n'est valable que dans le délai fixé d'accord parties à l'expiration duquel, le créancier doit procéder à son renouvellement, sous peine de péremption. La péremption est un facteur d'insécurité pour les créanciers munis de sûreté réelle en général, mais particulièrement les sûretés réelles préférentielles, parce que ceux qui

⁴⁵⁴ V. *infra*, p.223 et s.

⁴⁵⁵ V. art. 35- 7° et 36 AUS.

⁴⁵⁶ V. dans ce sens E. SOUPGUI, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, th., Yaoundé II SOA, 2008, n°45. Il décrit l'inscription des sûretés mobilières comme fastidieuse car le lieu de l'inscription variait en fonction du bien sur lequel portait la garantie

⁴⁵⁷ A. DELABRIÈRE, « Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », in Penant n° 840, juill-sept. 2002, p. 369 et s.

n'accomplissent pas cette formalité perdent leur droit⁴⁵⁸ et deviennent de simples créanciers chirographaires. Qu'advierait-il si la période de validité de l'inscription expirait au cours de la procédure ? Le créancier aurait-il le droit de renouveler l'inscription de sa sûreté malgré cette situation de crise ? Il est logique de permettre le renouvellement de cette inscription parce qu'il permet exclusivement de revaloriser un droit antérieur au jugement d'ouverture de la procédure. Par conséquent, il ne porte pas atteinte au principe d'égalité des créanciers⁴⁵⁹. Telle est la position de la doctrine majoritaire⁴⁶⁰.

Le renouvellement de l'inscription des sûretés présente des avantages certains pour le créancier et le débiteur. Le créancier conserve sa sûreté même s'il ne peut pas la réaliser immédiatement. Cette conservation lui permet d'entretenir un espoir de paiement, même à long terme. Le débiteur tire avantage de l'obligation de renouveler l'inscription qui pèse sur le créancier. En effet, s'il ne le fait pas, il est déchu de son droit sur le bien. Cette suppression automatique des sûretés non renouvelées permet une mise à jour permanente des charges grevant le bien, ce qui facilite la demande de crédit par le débiteur. Sous le régime antérieur, le coût de radiation décourageait certains créanciers hypothécaires qui, même après avoir été désintéressés, ne radiaient pas l'inscription. On assistait à une accumulation de plusieurs inscriptions dépassées, créant ainsi une apparence de surcharge de l'immeuble ; ce qui dissuadait les potentiels fournisseurs de crédits à qui le débiteur proposait l'immeuble en garantie.

450. En somme, l'interdiction vise les inscriptions nouvelles attributives de rang au créancier. Elle n'empêche pas le renouvellement de l'inscription des sûretés régulièrement publiées avant l'ouverture de la procédure. Néanmoins, la possibilité de renouveler les inscriptions ne saurait atténuer le risque que l'arrêt des inscriptions fait peser sur les créanciers munis de sûretés en général et particulièrement sur les sûretés réelles traditionnelles⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ V. Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015, n° 13-24.040, P+B. La cour a jugé qu'une banque n'ayant pas renouvelé l'inscription de son privilège, en l'espèce une hypothèque, avant la date de péremption, sa créance ne peut être admise à titre privilégié pour le solde de celle-ci.

⁴⁵⁹ Cass. Com. 24 avril 1974, *D.* 1975. 107.

⁴⁶⁰ V. Ph. DELEBECQUE, « Sûretés réelles et procédures collectives, *Dr. & Patr.* n° 106, juill.-août 2002, p. 51 ; P.- G. POUGOUE et Y. R. KALIEU, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, P.U.A., Yaoundé, 1999, n° 134.

⁴⁶¹ Ici encore il faut distinguer entre les sûretés réelles traditionnelles qui confèrent un droit exclusif à leur titulaire et celles qui confèrent un droit de préférence sur le prix de vente du bien cédé du débiteur sur lequel porte leur sûreté.

Les sûretés non inscrites avant l'ouverture de la procédure collective sont inopposables à la masse des créanciers. La sanction a des effets tellement néfastes sur les droits des créanciers, qu'il est nécessaire de faire un réaménagement.

Le créancier muni de sûreté qui ne procède pas à son inscription en temps utile est sanctionné, qu'il soit titulaire d'une hypothèque, d'une sûreté mobilière ou d'une propriété-sûreté.

De même, les sûretés publiées en violation de l'arrêt des inscriptions seront déclarées inopposables à la masse.

La publicité des sûretés mobilières est centralisée aux greffes de la juridiction qui tient le registre du commerce et du crédit mobilier. Les créanciers doivent prendre sans délai une inscription dans les formes prescrites pour leur sûreté. Bien qu'aucun délai ne leur soit imposé, ils ont intérêt à le faire de manière diligente, car, l'inscription ne sera plus admise si le débiteur dépose son bilan. Dans ce cas, ils perdront leur sûreté et produiront leur créance en qualité de créanciers chirographaires, avec une faible probabilité de paiement.

L'interdiction d'inscrire les sûretés pourrait s'analyser comme un barrage efficace contre les débordements et les fraudes éventuels. Elle fournit des éléments pour la poursuite de l'activité puisque, le bien assiette de la sûreté devient libre de toute charge et peut faire l'objet de transaction dans l'intérêt de l'entreprise. Dans le cadre du plan de continuation, le syndic peut ordonner sa vente pour financer la poursuite des activités de l'entreprise, sans redouter le droit de suite et le droit de préférence du créancier, anéanti par l'interdiction.

451. Au-delà des considérations juridiques et économiques, il importe de relever que l'application stricte de la loi peut conduire à de pires injustices comme le traduit la maxime « *summum jus, summa injuria* ». On comprend, dès lors, la pertinence du plaidoyer en faveur de la flexibilité qui garantit l'effectivité et l'efficacité de la règle de droit⁴⁶². Dans ce sens, quelques suggestions sont nécessaires pour atténuer la rigueur de la sanction infligée aux créanciers.

⁴⁶² V. J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 136 et s.

3. La nécessité d'une réforme

452. De manière globale, l'étude des sûretés montre que l'inscription est une formalité commune à presque toutes les sûretés réelles, même si elle n'a pas un caractère obligatoire. Paradoxalement, aucun délai n'est imposé pour leur inscription⁴⁶³. Pour s'en convaincre, il suffit de parcourir les dispositions y relatives disséminées dans plusieurs Actes uniformes :

- L'article 97 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (A.U.S.) relatif au gage fait de l'enregistrement une condition d'opposabilité au tiers. Mais il ne fixe aucun délai pour l'accomplissement de cette formalité. En outre, l'enregistrement sert à classer les différents créanciers inscrits sur un même bien ;
- les articles 170 et suivants de l'AUS., qui fixent les règles de publicité communes au nantissement du fonds de commerce et au privilège du vendeur, gardent également un silence sur le délai d'inscription. L'article 58 se contente de déterminer la durée de l'inscription qui est de cinq ans, à compter de la date d'inscription;
- les hypothèques conventionnelles doivent également faire l'objet d'inscription, sous peine d'inopposabilité aux tiers (article 206 AUS). Mais aucun délai n'est imposé aux créanciers hypothécaires.

453. Bien que l'inscription de la sûreté ne soit qu'une formalité facultative, son importance n'est plus à démontrer ; elle conditionne l'opposabilité des sûretés aux tiers et devient, par conséquent, une condition d'efficacité. Le créancier a intérêt à accomplir cette formalité afin de conserver son rang en cas de pluralité de créanciers⁴⁶⁴ et surtout, pour ne pas se voir opposer l'arrêt des inscriptions si jamais, le débiteur venait à déposer son bilan.

454. L'interdiction des inscriptions de sûreté dès l'ouverture de la procédure est une sanction rigoureuse, qui peut s'avérer injuste dans certaines circonstances. On comprend mal que le législateur sanctionne aussi durement cette omission, alors qu'il ne fixe aucun délai d'inscription des sûretés. Dans le souci d'éviter l'effet de surprise et de protéger les intérêts des créanciers, deux suggestions pourraient être faites :

⁴⁶³ Pour E. SOUPGUI, *op. cit.*, n° 51, note 181, cela pourrait s'expliquer par le caractère facultatif de cette inscription.

⁴⁶⁴ E. SOUPGUI, *op. cit.*, n° 51, p. 63, qui estime que « sous réserve d'une clause d'exclusivité, la finalité de l'inscription est de conférer un rang au titulaire de la sûreté et non d'éviter qu'une autre inscription soit prise sur les mêmes biens » ; contra. V. F. ANOUKAHA, C. NIANG, M. FOLI et *alii*, *OHADA, Sûretés*, Bruylant, 2002, n° 351, p. 135.

La première consisterait à fixer un délai pour l'inscription de chaque sûreté après sa constitution, au-delà duquel, la sûreté deviendrait inopposable aux tiers. Dans ce cas, le créancier bénéficiaire surpris par le jugement d'ouverture devrait pouvoir inscrire sa sûreté s'il est dans le délai, parce qu'il reste sous la protection de la loi⁴⁶⁵.

Cette solution rejoindrait celle préconisée pour l'hypothèque différée⁴⁶⁶; la seconde consisterait à permettre aux créanciers d'inscrire leur sûreté malgré l'ouverture de la procédure collective. Ils seraient tenus de le faire avant de produire sa créance à la masse. L'arrêt brusque des inscriptions peut causer injustement préjudice aux créanciers de bonne foi. Pour éviter cette injustice, un auteur a proposé qu'un délai préfix soit accordé à tous les créanciers pour inscrire leurs sûretés, nonobstant l'ouverture de la procédure collective⁴⁶⁷. Il faudrait coordonner cette proposition avec les inopposabilités de la période suspecte.

Pour rester dans la logique de la primauté du redressement, on pourrait proposer que la solution diffère suivant que l'entreprise est placée en liquidation ou en redressement. Dans la première hypothèse, à savoir la liquidation, le législateur permettrait aux créanciers d'inscrire leur sûreté dans un bref délai. En revanche, l'inopposabilité serait conservée si l'entreprise était placée sous le régime du redressement judiciaire. Cette solution permettrait de concilier les objectifs de la procédure : elle préserve le redressement de l'entreprise, parce qu'elle ne s'appliquerait qu'aux entreprises appelées à disparaître. Elle sauvegarde également les intérêts des créanciers qui seraient surpris par la liquidation, sans porter atteinte à l'égalité des créanciers qui n'est, en réalité, qu'une égalité à géométrie variable⁴⁶⁸. Cette solution se rapprocherait de la sanction du défaut de production de créance lorsque l'entreprise est placée en redressement⁴⁶⁹.

455. En définitive, l'efficacité de l'interdiction d'inscrire les sûretés après la décision d'ouverture nécessite la collaboration des services d'inscriptions. Elle suppose également une synergie entre les organes de la procédure et ces services, en particulier, ceux de la conservation foncière qui reçoivent les inscriptions hypothécaires.

⁴⁶⁵ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n°208, p. 205.

⁴⁶⁶ V. art. 207 AUS.

⁴⁶⁷ V. dans ce sens F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n°208, p. 205 ; Y. GUYON, *Droit des affaires, entreprises en difficultés, redressement judiciaire - faillite*, Economica, t. 2, 2003, n° 1243.

⁴⁶⁸ A. KANTÉ, « Réflexions sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif O.H.A.D.A., in EDJA, n° 56; OHADATA-06-47.

⁴⁶⁹ V. *infra*, p.181 et s. ; égal., art. 78 AUPCAP.

B. La menace tirée de l'obligation de produire les créances

456. Chaque créancier doit porter ses réclamations à la connaissance des organes de la procédure afin de faciliter l'état des lieux. Dans l'espace juridique OHADA, on peut rechercher la justification de ce terme à travers la valeur juridique et les modalités de la production. Le créancier qui produit une créance doit soutenir ses prétentions par des pièces justificatives qui permettent aux organes de la procédure de se prononcer sur le bien-fondé de la demande. Sur le plan procédural, la production revêt d'une importance cruciale⁴⁷⁰, raison pour laquelle elle doit obéir à des modalités (1) assorties de sanctions en cas de non-respect (2).

1. La rigueur de la procédure de production des créances

457. L'utilité de la production des créances n'est plus à démontrer dans un contexte marqué par l'exaltation du redressement des entreprises en difficulté. En effet, pour décider du sort de l'entreprise, le tribunal doit connaître l'importance de l'actif et du passif. Tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture doivent produire leurs créances. La question s'est posée de savoir si vraiment toutes les sûretés réelles et garanties étaient soumises à cette obligation de déclarer la créance. La doctrine française semble partagée sur la question.

458. Pour certains, il ne faut pas distinguer⁴⁷¹ là où la loi elle-même ne le fait pas, et donc considérer que tous les créanciers quelle que soit la sûreté réelle qu'ils détiennent

⁴⁷⁰ V. A. GHOZI, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », RTD com., 1976, p. 1 et s ; P. G. POUGOUE, Commentaire de l'ordonnance n° 90/003 du 27 avril 1990 modifiant et complétant les dispositions de l'ordonnance n° 85/02 du 31 août 1985 relative à l'exercice des établissements de crédit, Juridis info, n° 3 spécial, 1990, p. 77 et s.

⁴⁷¹ Les notions de privilège et de sûreté étant visées, toutes les sûretés semblent concernées par la règle, il n'y a pas à distinguer là où la loi ne distingue pas. V. en ce sens : P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.565, Bull. civ. IV, n° 135, RTD civ. 1996, p. 441, spéc. p. 445, pour qui, dans la mesure où la jurisprudence qualifie la réserve de propriété de sûreté, le vendeur est obligé d'en faire mention dans sa déclaration de créance sous peine d'en perdre le bénéfice ; Égal., D. GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettres d'intention », RLDA 2007/7, n° 850, spéc. p. 68-69. Au fond la question se rapportait à la détermination des mécanismes pouvant être qualifiés de sûretés et l'éventuelle nécessité de distinguer celles-ci des simples garanties afin de cerner le champ d'application de l'obligation. V. ainsi, P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, Bibl. dr. priv., t. 248, préf. M. GOBERT, n° 516. Dans ce cadre, on relèvera que la Cour de cassation considérant que le droit de rétention n'est pas une sûreté, il n'a pas à être déclaré : Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, Bull. civ. IV, n° 141, JCP E 1997, I, 681, n° 10, obs. M. CABRILLAC, RTD civ. 1997, p. 707, obs. P. CROCQ, Defrénois 1997, n° 161, p. 1427, obs. L. AYNÈS, D. 1998, somm., p. 102, obs. S. PIEDELIÈVRE, RTD com. 1998, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.719, Bull. civ. IV, n° 181, JCP E 1998, p. 2070, obs. M. CABRILLAC. Rappelons toutefois que si le droit de rétention n'a pas à être déclaré la créance

doivent se soumettre à cette exigence. Pour d'autres au contraire, sont seules concernées les sûretés traditionnelles qui confèrent un droit de préférence à leur titulaire⁴⁷². Sont donc exemptées les garanties conférant une certaine exclusivité à leurs propriétaires telles que la réserve de propriété, ou le droit de rétention. La jurisprudence a eu à se prononcer sur cette question en prenant clairement parti pour une dispense au profit des sûretés réelles conférant une exclusivité d'avoir à produire leur créance.

459. Cette formalité a une importance particulière pour les créanciers revendiquants; en l'accomplissant, ils manifestent leur volonté de participer à la procédure et de réaliser leur sûreté puisqu'ils doivent préciser s'ils entendent exercer leur revendication. Dans le cas

qui le fonde doit l'être conformément à l'article 78 de l'AUPCAP. Par ailleurs, lorsque le droit de rétention accompagne une sûreté traditionnelle tel un gage avec dépossession, le fait de ne pas déclarer le gage au titre des sûretés dont la créance est assortie entraînera la perte du droit de rétention. V. Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, Bull. civ. IV, n° 125, D. 2000, somm., p. 388, obs. S. PIEDELIÈVRE, D. 2000, somm., p. 297, obs. B. MERCADAL, JCP G 1999, II, n° 10121, rapp. J.-P. RÉMERY, JCP E 2000, p. 130, n° 13, obs. M. CABRILLAC, JCP E 2000, p. 459, n° 18, obs. Ph. DELEBECQUE, Banque et droit, 1999, p. 50, obs. N. RONTCHEVSKY, RTD com. 1999, p. 968, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁷² En droit français, en dépit de la lettre de l'article L. 622-25 du Code de commerce, la jurisprudence tend à limiter l'obligation de déclarer les sûretés dont la créance peut être assortie aux sûretés réelles traditionnelles consenties par le débiteur. Il ne s'agit pas là d'une volonté de se soustraire aux difficultés liées à la distinction entre sûretés et garanties, mais plutôt d'une interprétation téléologique de la règle. Ainsi selon P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2013/2014, n° 666.42, si l'extinction de la créance pour défaut de déclaration à la procédure collective peut apparaître comme un moyen de limiter le passif pris en compte par la procédure, une fois la créance déclarée, la nécessité de mentionner les sûretés dont elle peut être assortie doit permettre, « de distribuer le prix des actifs du débiteur, en tenant compte des rangs de chacun des créanciers. Dès lors qu'elle ne confère aucun droit de préférence, l'indication de la sûreté n'a aucun intérêt et, corrélativement, son absence ne doit pas être sanctionnée ». Cette analyse est confirmée par les hauts magistrats qui ont refusé de sanctionner l'absence de déclaration d'une sûreté consentie par un tiers : V. Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, n° 97-17.108, Bull. civ. IV, n° 137, JCP G 1999, I, 103, n° 9, obs. M. CABRILLAC, JCP G 1999, I, 116, n° 2, obs. Ph. DELEBECQUE, RTD com. 1999, p. 972, obs. A. MARTIN-SERF. Plus largement, la règle doit être écartée dès lors que la garantie a vocation à placer le créancier hors concours. Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'absence de déclaration à la procédure d'un dépôt de garantie, qui correspond à un mécanisme fiduciaire, couvrant le paiement des loyers d'un bail commercial ne fait pas perdre au créancier sa sûreté : Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12.324, Bull. civ. IV, n° 11, D. 2005, p. 430, obs. A. LIENHARD, D. 2005, p. 782, note P.-M. LE CORRE, D. 2005, p. 2082, obs. P. CROCQ, D. 2005, p. 2016, obs. F.-X. LUCAS, RTD com. 2005, p. 413, obs. A. MARTIN-SERF, JCP G 2005, I, 147, n° 15, obs. M. CABRILLAC. De même, le défaut d'indication d'une clause de réserve de propriété lors de la déclaration de créances est sans incidence, v. P.-M. Le Corre, *op. cit. loc. cit.* Et le fait que la clause de réserve de propriété soit désormais expressément consacrée comme sûreté mobilière par le Code civil n'a modifié en rien à cet égard puisque la Cour de cassation avait déjà pu lui octroyer une telle qualification : V. Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, RTD civ. 1996, p. 441, obs. P. CROCQ, Rev. proc. coll. 1995, p. 487, obs. B. SOINNE ; v. aussi Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660, Bull. civ. IV, n° 23, JCP G 2001, I, 321, n° 13, obs. M. CABRILLAC, RTD civ. 2001, p. 399, obs. P. CROCQ, RTD com. 2001, p. 518, obs. A. MARTIN-SERF, D. 2001, p. 702, obs. A. LIENHARD. La jurisprudence va même plus loin puisqu'elle considère que l'extinction de la créance principale pour défaut de déclaration de sa créance ne prive pas le créancier du bénéfice de la clause : v. Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, Lamyline et Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660, Bull. civ. IV, n° 23. Les deux problèmes ne sont toutefois pas liés. En effet, si l'indication de la clause de réserve de propriété lors de la déclaration de créance est sans incidence en raison de la nature des droits octroyés par cette forme de garantie, en tant qu'accessoire, elle ne devrait pas pouvoir subsister à la disparition de son support, la créance du vendeur.

échéant, ils seront considérés comme simples créanciers chirographaires⁴⁷³. Cette sanction nous paraît assez disproportionnée, car le créancier revendiquant peut aussi être propriétaire du bien en possession du débiteur défaillant. Il conviendrait donc de l'abandonner ou de laisser le juge la libre appréciation du défaut de production⁴⁷⁴.

Alors que les créanciers chirographaires doivent produire leurs créances même s'ils ne sont pas informés, les créanciers titulaires de sûretés doivent être avertis personnellement. La production n'est pas une banale opération ; en effet, elle a des déterminants.

Le délai de production des créances assorties des sûretés publiées court à partir de l'avertissement personnel des créanciers privilégiés et non à partir de la première insertion de la décision d'ouverture dans un journal d'annonces légales. Par conséquent, il peut expirer postérieurement au délai de droit commun⁴⁷⁵ ou même ne jamais courir en l'absence d'avertissement⁴⁷⁶. Mais le caractère substantiel de l'avertissement mérite d'être relativisé, puisque le créancier privilégié, qui procède à une déclaration initiale à titre chirographaire, peut se voir opposer la forclusion, bien qu'il ne soit pas personnellement informé⁴⁷⁷.

460. La production des créances est une phase délicate au cours de laquelle, la moindre défaillance peut priver définitivement les créanciers de toute participation à la procédure collective. Les créanciers munis de sûretés réelles notamment traditionnelles doivent préciser la nature de leur sûreté et dire s'ils entendent se prévaloir de leur garantie. La production des créances obéit à certaines règles relatives aux personnes habilitées, au montant de la créance et au délai.

461. Les créanciers remettent au syndic, directement ou par pli recommandé, une déclaration indiquant le montant de la créance due au jour de la décision d'ouverture, des sommes à échoir et des dates de leurs échéances⁴⁷⁸. La production de créances peut être faite

⁴⁷³ V. art 78 AUPCAP.

⁴⁷⁴ L'article 78 nouveau en projet pourrait emprunter cette voie qui nous semble la plus raisonnable juridiquement parlant.

⁴⁷⁵ Cass.com, 14 mars 2000, Sté AIPAL C/ PIERRE, *RDBF* 2000, p. 88, comm. n° 69; *D.* 2000, Act. Jurisp. p. 167, obs. A. LIENHARD ; *RTDcom* . 2000, p. 716 et s., obs. A. MARTIN-SERF; *Defrénois* 2000, p. 852, obs. J.-P. SENEGAL; *JCP E* 2000, p. 1571, note P.-M. LE CORRE ; Cass. corn., 26 nov. 2002, Me BOUFFARD ès qual. c/ S.A. Crédit commercial du Sud Ouest, *RDBF* 2003, n° 1, p. 28, comm. n° 29.

⁴⁷⁶ V. Y. SEXER et N. MARTIAL, « Des moyens de surmonter la forclusion en matière de déclaration de créances », *Rev. Proc. Coll.* n° 2004-2, p. 118.

⁴⁷⁷ V. C.A. paris, 28 mars 2003, *Jurisdata* n° 2003- 209876 ; *RDBF*, 2003, n° 4, p. 213, n° 147. En droit français, le créancier titulaire d'une sûreté publiée sur les biens d'une société ayant fait l'objet d'une fusion-absorption n'a pas à être personnellement averti par le liquidateur judiciaire de la société absorbante

⁴⁷⁸ V. art. 80 alinéa 1^{er} AUPCAP.

par le créancier lui-même ou par un mandataire. Lorsque le créancier est une personne morale, la production doit émaner de l'organe habilité à le représenter.

Lorsque la production des créances est effectuée par un tiers, le mandat *ad litem* est exigé conformément au droit commun de la procédure⁴⁷⁹. Ce dernier doit être titulaire d'un mandat de produire la créance, ou, au moins, celui de représenter le créancier en justice pour toute instance concernant cette créance. En pratique, le mandataire même titulaire du mandat spécial exigé par les textes qui omet de joindre sa procuration à la déclaration ne peut plus procéder à la régularisation après écoulement du délai de forclusion⁴⁸⁰.

462. En droit OHADA avec l'institution de l'agent des sûretés, les créanciers peuvent en principe dormir tranquilles à condition de confier la gestion de leur sûreté à cet agent. En effet, des dispositions de l'article 5 du chapitre 2 de l'AUS consacré à l'agent des sûretés, il ressort que de larges pouvoirs peuvent lui être accordés.

463. Ainsi, « *toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée*⁴⁸¹... » par l'agent des sûretés. L'agent des sûretés OHADA n'est pas sans rappeler la technique déclinée dans l'article 2328-1 du Code civil, dont il ressort que « *Toute sûreté réelle peut être constituée, inscrite, gérée et réalisée pour le compte des créanciers de l'obligation garantie par une personne qu'ils désignent à cette fin dans l'acte qui constate cette obligation* ». Nonobstant l'apparente ressemblance de ce texte avec l'article 5 précité, les deux n'en sont pas moins différents. Les points saillants de ces différences sont : l'étendue des pouvoirs de l'agent des sûretés est plus importante en droit OHADA qu'en droit français. Tout comme en droit français, le régime juridique de l'agent de sûretés semble se rapprocher du fiduciaire en droit anglo-saxon. Mais la comparaison s'arrête là, vu les pouvoirs plus étendus du fiduciaire⁴⁸².

464. Le créancier est tenu d'indiquer le montant du principal de sa créance augmenté des intérêts échus au jour du jugement d'ouverture de la procédure, et les sommes à échoir avec les dates d'échéance, sauf s'il s'agit d'une procédure de liquidation des biens.

⁴⁷⁹ A. LIENHARD, « La réforme des procédures collectives enfin menée à bonne fin », Rev. Proc. Coll., n° 1994-3, p. 312.

⁴⁸⁰ Cass.com. 19 nov. 1996, JCP. E., 1996, n° 14.

⁴⁸¹ Comp. avec l'agent des sûretés en droit français. V. à ce propos Guy-Auguste LIKILLIMBA, « L'agent des sûretés OHADA », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, Pratique Professionnelle, p.165 et s.

⁴⁸² V. à ce propos James Leavy, « En droit Français l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », in revue Banque et droit, n° 136, 2011.

Les déclarations ayant un caractère définitif et irrévocable, le créancier doit, dans sa demande, préciser sa prétention maximale. En principe, la date de référence est celle de la décision d'ouverture. Les intérêts courus jusqu'à cette date sont à prendre en compte. Le créancier doit éventuellement faire état de la condition ou du terme qui affecte la créance.

465. Le délai de production des créances par les créanciers munis de sûretés et les revendiquants qui doivent être personnellement avertis, est indiqué par l'article 79 de l'Acte uniforme portant sur les procédures collectives d'apurement du passif en son alinéa 3. Il dispose que: « *Faute de production de leurs créances ou de leurs revendications dans le délai de quinze jours suivant la réception de l'avertissement personnel ou, au plus tard, dans le délai prévu par l'article 78 ci-dessus, les créanciers et revendiquants sont forclos. Ce délai est de trente jours pour les créanciers et revendiquants domiciliés hors du territoire national où la procédure collective a été ouverte* ». L'évocation de l'article 78 qui accorde des délais plus longs amène à déduire que le délai de production à observer par les créanciers et les revendiquants est de 30 jours suivant la réception de l'avertissement, lorsqu'ils sont domiciliés sur le territoire où la procédure collective a été ouverte, et de 60 jours lorsqu'ils sont domiciliés hors de ce territoire.

Ils ne sont cependant pas associés à la suite des opérations, en l'occurrence la vérification des créances. Le créancier qui ne déclare pas sa créance dans le délai légal et ne sollicite pas en temps utile et avec succès le relevé de forclusion encourt des sanctions.

2. La sanction du défaut de production des créances

466. La production des créances n'est pas une banale formalité, dépourvue de conséquence juridique. Elle concrétise l'appartenance du créancier à la masse et les créanciers négligents ou retardataires sont sanctionnés par la forclusion. Lorsque l'entreprise est en difficulté, le créancier qui ne produit pas sa créance dans les délais est forclos et exclu de toutes les opérations relatives à la procédure. Cette sanction a un contenu particulier.

467. La forclusion a un caractère général, parce qu'elle frappe tous les créanciers antérieurs qui n'ont pas déclaré leur créance dans le délai légal en produisant, éventuellement, les pièces justificatives. Elle s'applique à toutes les créances, que la déclaration porte sur la

totalité de la créance ou sur un supplément qui ne figurait pas dans la déclaration originale⁴⁸³. La fonction traditionnelle de la forclusion est de rendre l'acte incriminé inopposable. Elle empêche le créancier d'accomplir la formalité, afin de bénéficier de la protection légale. Mais le législateur attache des conséquences particulières à la forclusion : la créance est inopposable à la masse des créanciers en cas de liquidation (a), et elle est simplement éteinte en cas de redressement de l'entreprise (b).

a. L'inopposabilité en cas de liquidation

468. Dans l'hypothèse de la liquidation des biens, les créanciers forclos ne participeront pas à la distribution des dividendes sous réserve du relevé de forclusion dont les conditions sont restrictives. Leurs créances survivent, mais elles seront ignorées par la masse des créanciers⁴⁸⁴. Les effets de la forclusion sont comparables à ceux de l'inopposabilité, car, les créanciers forclos sont simplement écartés de la procédure. Par conséquent, la clôture pour apurement du passif ou pour insuffisance d'actif restaure aux créanciers forclos, comme à tous les autres créanciers insatisfaits, leur droit de poursuite individuelle⁴⁸⁵. Si le débiteur acquiert de nouveaux biens, preuve qu'il revient à meilleure fortune, ils pourront engager la procédure d'exécution de droit commun pour obtenir paiement.

469. Mais il y a lieu de reconnaître que leur chance de paiement est mince, à cause de la porosité du tissu économique africain qui ne permet pas, aux opérateurs économiques en difficulté, de reprendre leurs activités. S'il y a des lueurs d'espoir pour les créanciers forclos lorsque l'entreprise est liquidée, ces derniers doivent se détromper lorsque l'entreprise est placée en redressement judiciaire.

b. L'extinction de la créance en cas de redressement

470. L'entreprise est placée en redressement judiciaire lorsqu'elle peut être assainie et maintenue dans le circuit économique. Les espoirs de redressement se trouvent dans le

⁴⁸³ Exceptées les créances de la douane et du trésor et des organismes de prévoyances sociales qui sont déclarées sous réserve des impôts non encore établis.

⁴⁸⁴ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 216, p. 212.

⁴⁸⁵ V. 174 al. 1^{er} AUPCAP. Mais cette faculté pourrait être annihilée avec la réforme future de l'AUPCAP qui prévoit une reprise des poursuites individuelles contre le créancier que de façon exceptionnelle afin de donner plus de chance à la sauvegarde de l'entreprise.

concordat de redressement élaboré de façon unilatérale par le débiteur⁴⁸⁶. En principe, la proposition de concordat doit être soumise au vote de l'assemblée des créanciers. Mais, lorsqu'elle ne contient pas de délai supérieur à deux ans, la consultation de l'assemblée des créanciers n'est pas nécessaire; par conséquent, les créanciers n'ont pas un pouvoir décisionnel sur cet instrument. Qu'il soit ordinaire ou simplifié, le concordat modifie de manière substantielle les droits des créanciers dès qu'il est homologué par le tribunal. Les créanciers qui ne produisent pas leur créance sont forclos. La forclusion des créanciers revêt une connotation particulière lorsque l'entreprise est placée en redressement : les créances non déclarées sont éteintes et les créanciers victimes ne pourront plus les réclamer, sauf clause de retour à meilleure fortune et sous réserve des remises concordataires⁴⁸⁷. Il est soutenu que cette sanction est justifiée, parce qu'elle permet de sauvegarder le concordat ; il s'agit d'éviter que son succès soit compromis par la réclamation des créances non produites et donc inconnues lors de son élaboration⁴⁸⁸. Le redressement ne devrait pas être compromis par des révélations inopinées de dettes qui grossiraient le passif de l'entreprise. Le plan de redressement est exécuté parce qu'il tend à sauvegarder l'entreprise en difficulté et non parce que le concordat constitue l'expression de la volonté commune des créanciers.

471. L'extinction de la créance revêt une signification particulière pour les créanciers privilégiés ; les sûretés réelles qui en garantissent le paiement subissent le même sort en vertu du principe « *accessorium sequitur principale* ». Elles deviennent caduques et libres de toutes charges. Les créanciers déchus n'auront plus de prétention sur le bien objet de la sûreté. La forclusion annihile les sûretés réelles.

472. La finalité originelle de la production de créance était de permettre aux organes de la procédure, de connaître rapidement l'étendue et la composition du passif du débiteur en difficulté, de sorte qu'ils puissent, une fois achevées les opérations de vérification et d'admission, établir l'état des créances⁴⁸⁹. Mais, il est loisible de constater que, dans la procédure de redressement, la production de créance se métamorphose en un instrument de

⁴⁸⁶ P. KANE EBANGA, « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *Juridis périodique*, n° 50, avr.- juin 2002, p. 103 et s ; égal. Critique d'E. SOUPGUI, *op. cit.*, n°81 qui juge la prérogative offerte uniquement au débiteur de proposer seule un concordat de redressement inopportune car c'est « demander à un malade de diagnostiquer son mal et proposer une thérapie ».

⁴⁸⁷ V. art. 83 alinéa 2, AUPCAP.

⁴⁸⁸ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 216.

⁴⁸⁹ A. LIENHARD, Observations sous Cass. Com. 21 novembre 2006 (deux arrêts), D., 2006, n° 43, p. 2984.

nettoyage du bilan, une technique d'apurement du passif⁴⁹⁰; dans cette logique, le parcours imposé aux créanciers est parsemé d'embûches. C'est pourquoi un auteur a qualifié les exigences légales de « *pièges tendus aux créanciers* »⁴⁹¹.

473. Le législateur africain évolue à rebours des tendances législatives contemporaines, en sanctionnant, lourdement les créanciers négligents. Par exemple, en France, sous l'empire du droit antérieur à la réforme, le défaut de déclaration des créances en temps utile avait pour conséquence l'extinction de celle-ci et, de ce fait, la disparition des sûretés accessoires de cette dernière⁴⁹², à moins que lesdites sûretés ne se voient appliquer le Règlement communautaire Européen n°1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité⁴⁹³.

474. Le législateur français a aligné la législation nationale sur ce texte, à vocation internationale.

La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises met fin à cette discrimination. Désormais, la sanction du défaut de production n'est plus l'extinction de la créance, mais seulement, l'interdiction pour le créancier négligent d'être « *admis dans les répartitions et les dividendes* »⁴⁹⁴.

Dès lors, l'absence de déclaration ne semble plus nécessairement pénalisante, car les créanciers peuvent élaborer d'autres stratégies de recouvrement de leurs créances⁴⁹⁵. Selon un auteur, en modifiant ainsi la sanction du défaut de déclaration, la réforme a pratiqué elle-même la vertu, en faisant disparaître un piège antérieurement tendu aux créanciers⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ V. J.-J. DAIGRE, « Les procédures collectives, technique d'extinction du passif », in L'apurement des dettes, sous la dir. de Y. CHAPUT, Creda-Litec, 1998, p. 287, n° 289.

⁴⁹¹ B. DUREUIL, « De quelques pièges tendus aux créanciers à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », Rev. proc. coll., n° 1992/1, p. 17 et s.

⁴⁹² Même les cautions étaient libérées pour défaut de déclaration de créances ; V. M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », L.P.A., 20 sept. 2000, n° 188, p. 38.

⁴⁹³ Ce texte pose le principe suivant lequel, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dans un État n'affecte pas les droits réels d'un créancier ou d'un tiers sur les biens qui se trouvent sur le territoire d'un autre État membre de l'Union Européenne, au jour de l'ouverture de la procédure.

⁴⁹⁴ V. dans ce sens : P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », Rec. Dalloz, 2006, n° 19, p. 1307 ; F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », LPA 22 mars 2006, p. 7 ; M.-H. MONSÉRIÉ-BON, « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde? » Rec. Dalloz, 2006, n° 19, p. 1282 et s.

⁴⁹⁵ V. P. CROCQ, op. cit., loc.cit.

⁴⁹⁶ *Ibidem*.

475. En définitive, la forclusion du créancier retardataire rend sa créance inopposable à la masse dans la liquidation des biens. La créance reste valable, mais le créancier forclos ne pourra pas bénéficier du partage des dividendes. Si tous les créanciers dans la masse sont désintéressés, il pourra saisir le reliquat. Dans le cas échéant, il conserve son titre et actionnera le débiteur, s'il revenait à meilleure fortune. En revanche, lorsque l'entreprise est placée en redressement judiciaire⁴⁹⁷, la créance est purement et simplement éteinte. Le créancier n'est plus en droit de poursuivre son débiteur même après la clôture de la procédure. L'extinction de la créance constitue une illustration de l'éviction du droit commun par les procédures collectives, au bénéfice du redressement de l'entreprise⁴⁹⁸.

476. Le sauvetage de l'entreprise a été préféré à l'intérêt des créanciers considérés comme négligents⁴⁹⁹. Certes, la sévérité de cette sanction peut être adoucie par la clause de retour à meilleure fortune et le relevé de forclusion. Mais ces mesures ne sauraient réduire l'effet nocif de la sanction, d'autant plus que le relevé de forclusion qui semble être une panacée présente des limites.

477. Les créanciers qui n'ont pas produit leur créance dans les délais impartis par la loi peuvent solliciter et obtenir le relevé de forclusion. Le juge commissaire est compétent pour relever les créanciers retardataires de la forclusion. Il ne peut le faire que si l'état des créances n'a pas encore été arrêté et déposé et si le créancier prouve que sa défaillance ne lui est pas imputable⁵⁰⁰. La probabilité de succès d'une telle action est faible, parce qu'elle est enserrée dans des conditions strictes de délai, de preuve et, en plus, ses effets sont limités. Le défaut de production doit résulter de circonstances extérieures à sa volonté.

478. Il est impossible de faire une énumération des motifs qui peuvent justifier le relevé de forclusion parce qu'il s'agit des circonstances de fait essentiellement variables. Le créancier retardataire doit prouver que le retard accusé n'est pas dû à son fait⁵⁰¹. Les

⁴⁹⁷ V. S. TOE, « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », RDU, n° 1, juin 2010, p. 37 et s., spéc p. 42 ; J. LOHOUËS-OBLE, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », R.I.D.C., 1999-3, p. 574, qui affirme que cette volonté de souplesse et de rapidité par le maintien du débiteur à la tête de ses affaires qu'il administre sous la surveillance du syndic (art. 52, AUPCAP).

⁴⁹⁸ E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, Paris, 2003, n° 12 et s.

⁴⁹⁹ V. F. M. SAWADOGO, note sous art. 79, Code OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., Juriscope 2002, p. 882 ; S. TOE, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁰⁰ V. art. 83 AUPCAP.

⁵⁰¹ V. Trib. Rég. Hors Classe de Dakar, n° 847 du 8 avril 2005, *Projet forestier communautaire et de protection de l'environnement*, dit PROFOCOPE, c/ ALIOU FAYE et ABDOULAYE DRAME, liquidateur de la Nationale

arguments présentés par le créancier doivent réussir à emporter la conviction du juge-commissaire qui détient le pouvoir de décision. Or, la notion d'intime conviction est subjective et par conséquent, difficile à contrôler. En guise d'illustration, les juridictions françaises rejettent des demandes qui paraissent, à priori, recevables⁵⁰². Le tribunal a estimé que le retard accusé à sa déclaration de créance ne pouvait être excusable au regard des circonstances. La prise en compte des circonstances de l'espèce pour rejeter la demande du créancier laisse imaginer que le juge aurait décidé autrement si les faits étaient plus graves. Sans doute, un créancier atteint des troubles psychiatriques l'empêchant de prendre la moindre initiative pour la préservation de ses droits pourrait parvenir à établir que le défaut de déclaration dans les délais n'est pas dû à son fait⁵⁰³. De manière générale, la défaillance du créancier retardataire est une question de fait laissée à l'appréciation des juges du fond⁵⁰⁴.

479. Même lorsqu'il est admis, le relevé de forclusion a des effets limités, à cause de la non-rétroactivité de la mesure : les créanciers «repêchés» ne peuvent concourir que pour les répartitions de dividendes postérieures à leur demande. Les répartitions antérieures échappent aux créanciers bénéficiaires. Ils ne recevront qu'un paiement partiel de leurs créances, de surcroît, obéré par les frais de l'instance en relevé de forclusion qu'ils supportent intégralement. Faire supporter les frais de l'instance par les créanciers paraît peu logique du moment que le créancier ne peut être relevé que si le retard ne lui est pas imputable. Il nous semble paradoxal de poser comme condition de relevé de forclusion la non-imputabilité de la défaillance au créancier demandeur, et de lui faire supporter les frais de l'instance sachant qu'il n'a commis aucune faute⁵⁰⁵.

480. La non-rétroactivité du relevé de forclusion et le poids des frais de l'instance réduisent considérablement les dividendes qu'ils escompteraient de la procédure. Ces deux facteurs compromettent les chances de désintéressement des créanciers bénéficiaires, d'autant

d'Assurances à qualité, qui rejette une demande de relevé de forclusion au motif que la preuve exigée par l'art. 83 n'est pas rapportée.

⁵⁰² La Cour d'Appel de Metz, dans un arrêt du 28 janvier 2003, décide que le syndrome dépressif grave qui atteint le créancier ne constitue pas, au regard des circonstances, un motif de relevé de forclusion. Dans cette affaire, le tribunal soutient que le créancier ne justifie pas de ce qu'il lui aurait été impossible d'effectuer sa déclaration de créance dans les délais légaux. Pourtant, ce dernier était atteint d'un syndrome dépressif lié à sa situation professionnelle ainsi qu'il en atteste dûment par la production de deux certificats médicaux.

⁵⁰³ V. F.-X. LUCAS, note sous C.A. Metz, 1^{er} ch. 28 janv. 2003, RDBF, n° 4, Juillet/août 2003, p. 212.

⁵⁰⁴ Cass. com. 30 mai 2006, RTD com. 2006-3, p. 672 et s.

⁵⁰⁵ V. dans ce sens E. SOUPGUIE, *op. cit.*, n° 85, p. 93.

que, même les créanciers qui ont régulièrement déclaré leurs créances n'ont aucune certitude de paiement. Le législateur a voulu éviter les difficultés relatives à la rétroactivité du relevé. De même, en laissant les frais de l'instance à la charge des créanciers, il cherche à limiter l'aggravation du passif étant donné que les créanciers forclos n'hésiteront de solliciter le relevé de forclusion, même sans grande conviction. S'il est nécessaire de dissuader les créanciers fallacieux et négligents, il s'avère impérieux de protéger les créanciers de bonne foi qui sont parfois victimes des malversations du débiteur ou du manque de diligence du syndic. L'avertissement personnel suscite des interrogations relatives à l'application de la forclusion aux créanciers qui ne seraient pas avertis par le syndic.

Ces menaces sur l'existence des sûretés réelles traditionnelles se concrétisent par leur neutralisation effective au moment où elles doivent protéger le plus le créancier qui en est titulaire.

§. 2 : Les obstacles à la mise en œuvre efficace des sûretés réelles traditionnelles

481. L'ouverture de la procédure place l'entreprise sous un régime particulier; le dirigeant est soit assisté par le syndic, soit tout simplement écarté de la gestion. Le dessaisissement du débiteur et le caractère collectif des procédures sont des mesures classiques du droit de la faillite. Ces mesures ont toujours existé dans les législations⁵⁰⁶, bien que leur domaine d'application et leur finalité aient subi des variations au fil du temps. Sous le régime du Code de commerce, les procédures concernaient uniquement les créanciers chirographaires qui n'ont qu'un droit de gage général sur le patrimoine de leur débiteur.

482. Le législateur communautaire les a généralisées et elles s'imposent désormais à tous les créanciers sans distinction⁵⁰⁷. La suspension des poursuites individuelles est une mesure d'ordre public qui s'impose aussi bien aux créanciers chirographaires qu'à ceux dont les créances sont garanties par un privilège ou une sûreté réelle spéciale⁵⁰⁸. Le jugement d'ouverture réunit tous les créanciers dans la masse et les soumet aux mêmes contraintes. Par conséquent, les créanciers titulaires de sûretés réelles traditionnelles ne peuvent plus les

⁵⁰⁶ V. I. I. ADJAGBA, *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, th., Paris 2, 1988, p. 244 et s., Microfiche de l'exemplaire de l'édition originale se trouvant à la bibliothèque Droit, science politique, économie de Bordeaux (Lille : ANRT, 2013).

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 247.

⁵⁰⁸ V. art.75 AUPCAP. Il s'agit notamment d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, un nantissement ou une hypothèque.

483. mettre en œuvre. Ces sûretés sont neutralisées par la discipline collective avec des conséquences qui vont de l'interruption des poursuites individuelles (A) à une réduction substantielle des prérogatives des créanciers qui en sont nantis (B).

A. L'interruption des poursuites individuelles

484. Afin d'assurer une organisation collective de la procédure susceptible de conduire au sauvetage des débiteurs en difficulté et pour asseoir, par ailleurs, le principe d'égalité des créanciers antérieurs, les poursuites individuelles et voies d'exécution sont traditionnellement figées au jour du jugement d'ouverture.

Ainsi, le jugement d'ouverture paralyse les demandes en paiement⁵⁰⁹ et les voies d'exécution.

485. La règle d'interdiction des poursuites individuelles empêche donc les créanciers impayés de réaliser librement leurs sûretés réelles en vendant les biens grevés du débiteur, afin d'être payés par préférence sur le prix de vente. L'efficacité des sûretés réelles surtout traditionnelles s'en trouve d'autant plus affectée que le champ de cette règle est extrêmement vaste.

486. En France, depuis la loi de sauvegarde des entreprises en difficulté du 26 juillet 2005, elle atteint également les créanciers postérieurs non éligibles au traitement préférentiel. Seuls échappent à l'interdiction les salariés⁵¹⁰ et les créanciers dont la créance est mentionnée à l'article L. 622-17 du Code de commerce, c'est-à-dire les bénéficiaires du privilège de la procédure, qui peuvent exercer des poursuites contre le débiteur pour obtenir un paiement direct⁵¹¹.

⁵⁰⁹ En France le Code de la consommation (art. L. 331-3-1) prévoit ainsi que la décision de commission de surendettement déclarant recevable la demande d'ouverture de la procédure «emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur», jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement ou jusqu'à la décision imposant les mesures prévues par l'article L. 331-ou jusqu'à l'homologation par le juge des mesures recommandées par la commission ou encore jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personne avec liquidation judiciaire. Cette suspension et cette interdiction ne peuvent excéder un an. Le droit des entreprises en difficulté interdit lui aussi toute action en paiement et toute voie d'exécution après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde (C. com. art. L. 622-21) ou de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14). Cette règle d'ordre public se traduit, soit par l'interruption des poursuites déjà entamées, soit par l'irrecevabilité des poursuites nouvelles. Un jugement rendu au mépris du principe d'interdiction des actions personnelles doit être réputé non avenu. Une saisie pratiquée malgré le principe "interdiction des voies d'exécution doit faire l'objet d'une mainlevée ; V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, op. cit., n° 2518 et s.

⁵¹⁰ Cf. C. com., art. L. 625-3.

487. L'article 75 de l'AUPCAP interdit de poursuivre ou d'engager, après l'ouverture de la procédure, une action « *tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent* ». Cette règle constitue le corollaire de la prohibition des paiements après le jugement d'ouverture et elle n'a donc pas vocation à s'appliquer aux actions conduisant aux paiements indirects que la loi admet exceptionnellement, telles les actions en revendication exercées par les propriétaires de biens détenus par le débiteur.

488. Le jugement d'ouverture « *arrête ou interdit également toute procédure d'exécution de la part de ces créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles* ». Pour permettre le redressement de l'entreprise débitrice, le patrimoine de celle-ci est donc mis à l'abri et les créanciers titulaires de sûretés mobilières ou immobilières se trouvent ainsi privés du droit de réaliser leur garantie par le biais d'une saisie, suivie d'une vente forcée. Il convient de remarquer que sont notamment concernés les créanciers d'un conjoint in bonis, qui ne peuvent exercer des poursuites sur les biens communs en dehors des cas exceptionnels dans lesquels les créanciers de l'époux soumis à la procédure peuvent eux-mêmes agir. L'interdiction des poursuites individuelles paralyse l'exercice des droits des créanciers, en particulier les droits de préférence des créanciers munis de sûretés réelles, dans toutes les procédures dont peut bénéficier une entreprise en difficulté⁵¹².

489. La règle de l'interdiction des poursuites individuelles exercées par les créanciers antérieurs ou postérieurs non privilégiés reçoit deux exceptions, dont les conditions laissent cependant craindre que ces créanciers n'en retirent guère de satisfaction.

⁵¹¹ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés, op. cit.*, n° 2563.

⁵¹² S'agissant, d'abord, de la procédure de conciliation, son ouverture ne gèle pas immédiatement les poursuites individuelles. C'est au moment de l'homologation de l'accord de conciliation, voire de sa seule constatation par le président du tribunal (depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008) que se trouvent suspendues toutes les actions en justice et toutes les voies d'exécution sur les biens du débiteur visant à obtenir le paiement des créances qui font l'objet de l'accord. La suspension joue alors pendant toute la durée d'exécution de cet accord (C. com., art. L. 611-10-1).

Les poursuites individuelles sont ensuite interrompues ou interdites en cas de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 631-14 et L. 641-3. Par renvoi à l'art. L. 622-21), et ce pendant toute la procédure.

Après la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif, la règle de l'arrêt des poursuites individuelles est relayée par celle de l'interdiction de la reprise des poursuites individuelles contre le débiteur personne physique (C. com., art. L. 643-11, I). La créance elle-même n'est pas alors éteinte, mais, dans un but humanitaire, les voies d'exécution qui pourraient en permettre le recouvrement sont, en principe, paralysées.

Le champ d'application de la mesure est vaste parce qu'elle neutralise les demandes en cours (1) d'examen au prononcé du jugement d'ouverture et interdit les demandes nouvelles devant toutes les instances(2).

1. La suspension des demandes en cours

490. Les demandes en paiement introduites par voie principale ou par une demande reconventionnelle par les créanciers avant le jugement d'ouverture de la procédure sont suspendues. En vertu du principe de l'unicité du patrimoine, la suspension s'impose même si la créance invoquée trouve son origine dans une activité distincte de celle qui a donné lieu à l'ouverture de ladite procédure⁵¹³. Cette interruption s'applique également aux affaires en cours qui n'ont pas encore fait l'objet d'une décision définitive et aux jugements faisant l'objet d'appel, parce qu'ils n'ont pas encore fait acquit la force de chose jugée.

Toutefois, l'action publique n'est pas impactée par la procédure collective et la constitution de partie civile demeure recevable, parce qu'elle tend seulement à fixer le montant des dommages et intérêts qui doivent être déclarés au passif par la victime⁵¹⁴.

Les demandes en cours sont donc paralysées. Quant aux actions nouvelles, elles sont tout simplement prohibées.

2. L'interdiction de toute nouvelle demande

491. À compter du jugement d'ouverture de la procédure, aucune action en paiement ne peut être intentée par les créanciers contre leur débiteur. Toutes les initiatives tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou à la reconnaissance d'une créance à son égard sont interdites dès le jugement d'ouverture⁵¹⁵. Les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent englobent aussi celles qui ont pour objet d'établir l'existence d'une créance incertaine et d'en fixer le montant. C'est le cas des actions en dommages-intérêts fondées sur une faute délictuelle ou sur la mauvaise exécution d'un contrat⁵¹⁶.

⁵¹³ V. cass. com., 28 nov. 1991, Bull. civ., IV, n° 360 ; D. 1992, n° 81.

⁵¹⁴ V. cass. crim., 31 janv. 1996, D. aff., 1996, p. 558 ; cass. crim., 28 avril 1997, D. aff., 1997, p. 1008.

⁵¹⁵ V. T.G.I., Bobo-Dioulasso, ordonnance de référé n° 68 du 6 juin 2003, clinique centrale du HOUET c/ BICIA-B ; Dakar, arrêt n° 153 du 9 septembre 2001, SOGERES c/ sté SENAL, note sous art. 75 AUPCAP, in *OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 3^e éd., 2007.

⁵¹⁶ Cass. com., 12 février 1991, Bull. Cass. IV, n° 67.

492. La neutralisation touche aussi les instances arbitrales paralysant par la même occasion la clause compromissoire⁵¹⁷ et le compromis intervenu même à la veille du jugement. L'application de la suspension aux instances arbitrales n'est pas à négliger parce que la modernisation du droit de l'arbitrage par l'OHADA suscite l'engouement des opérateurs économiques pour ce mode de règlement des conflits⁵¹⁸. Il présente plusieurs avantages notamment, la rapidité dans le traitement des contentieux, la confidentialité qui préserve le secret des affaires et surtout la neutralité dans la décision, les parties étant libres de choisir leurs arbitres. Le succès de l'arbitrage s'explique également par les dysfonctionnements des tribunaux d'État ; plusieurs reproches leur sont faits, notamment les lenteurs avec pour conséquence les pertes de temps et d'argent.

493. La dimension internationale du droit OHADA élargit le rayonnement de la suspension, car, les décisions d'ouverture des procédures collectives, prononcées dans un État membre, ont autorité de chose jugée dans les autres États- parties⁵¹⁹. La suspension produirait des effets limités si les créanciers détenteurs de titre exécutoire pouvaient saisir les biens du débiteur en difficulté. Pour contrecarrer, le législateur a étendu la mesure aux voies d'exécution.

494. Le traitement des difficultés des entreprises nécessite l'arbitrage des intérêts souvent contradictoires, la protection des créanciers et le redressement de l'entreprise. Dans les systèmes juridiques qui protègent les créanciers, ces derniers sont impliqués dans toutes les opérations et leur paiement est prioritaire⁵²⁰. Par contre, les systèmes qui favorisent le redressement de l'entreprise accordent des prérogatives importantes aux organes judiciaires et protègent l'entreprise en difficulté contre les poursuites des créanciers. Le redressement de l'entreprise passe généralement par le sacrifice des intérêts des créanciers. À titre d'illustration la tendance des législations anglaise et américaine est la préservation des entreprises en difficulté⁵²¹.

⁵¹⁷ V. C.A. Paris, 3 mars 1998, *D. aff.*, 1998, p. 846.

⁵¹⁸ *Idem*.

⁵¹⁹ Cf. art. 247 AUPCAP.

⁵²⁰ J. BARALE, « Les droits nationaux des procédures collectives dans l'union européenne », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 1, p. 75.

⁵²¹ *Ibidem*, n° 1, p. 76.

495. En droit OHADA, la protection de l'entreprise en difficulté est prioritaire⁵²² à la préservation des droits des créanciers, avec pour conséquence leur affaiblissement. Cet affaiblissement se traduit par la réduction conséquente de leurs prérogatives.

B. La réduction substantielle des prérogatives des titulaires de sûretés réelles traditionnelles

496. La nouvelle orientation des procédures collectives a amené le législateur à minimiser l'influence des créanciers, qui pourraient constituer un obstacle à la poursuite des objectifs visés.

Les procédures collectives procèdent à une double limitation des droits des créanciers. La créance principale est considérablement diminuée par les remises, les intérêts qui ne courent plus à compter du jugement d'ouverture. L'apurement du passif du débiteur est recherché par tous les moyens même si les créanciers ne sont pas nécessairement désintéressés.

Leurs créances sont réduites par divers moyens(1). Pèse sur eux également l'incertitude de leur paiement(2) même s'ils sont rétablis dans certaines de leurs prérogatives en fin de procédure (3).

1. La réduction du montant des créances garanties par les sûretés réelles classiques

497. Les droits substantiels des créanciers sont constitués par le principal de la créance, vis-à-vis du débiteur et les intérêts échus et à venir. La diminution des droits substantiels découle de l'arrêt du cours des intérêts(a) et de l'octroi des délais et remises (b).

L'objectif prioritaire de redressement de la situation d'une entreprise en difficulté ou d'un particulier surendetté se traduit par diverses mesures de diminution du passif, certaines

⁵²² Même si dans la lettre c'est le désintéressement du créancier qui fait figure de priorité pour le législateur. V. dans ce sens F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficultés*, Bruylant 2002. Cela est confirmée dans le projet de réforme des procédures collectives en cours et qui semble s'acheminer vers un changement de dénomination. Ainsi l'AUPCAP devrait devenir l'AUPEPC (acte uniforme OHADA portant organisation de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives d'apurement du passif) ou AUPTDE (acte uniforme OHADA portant organisation de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises et des procédures collectives d'apurement du passif).

concernant des créances spécifiques, telles celles garanties par le privilège du bailleur d'immeuble⁵²³, d'autres ayant, au contraire, un champ d'application plus général.

a. L'arrêt du cours des intérêts

498. L'intérêt peut être défini comme les revenus de l'argent, le profit rapporté par un capital (placé, prêté ou dû en vertu d'une convention ou d'une condamnation) ; il s'agit des fruits civils. Son origine varie en fonction de l'opération qui la génère. Lorsqu'un fournisseur de crédit consent un concours financier à un opérateur économique, il perçoit en contrepartie des intérêts qui accroissent sa créance. Il s'agit de la rémunération de la somme mise à la disposition du débiteur.

499. Pendant toute la durée d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, le cours des intérêts conventionnels et moratoires est, en principe, arrêté, ce qui empêche l'évolution des créances à la hausse et emporte, in fine, une réduction de leur montant⁵²⁴.

500. Les créances concernées peuvent être tout autant chirographaires que privilégiées. Elles doivent être, en revanche, nécessairement antérieures au jugement d'ouverture.

L'arrêt du cours des intérêts à l'égard du débiteur en difficulté est une règle ancienne⁵²⁵, dont le fondement traditionnel est bien éloigné des préoccupations⁵²⁶ du législateur moderne. Il

⁵²³ V. art. 98 AUPCAP, comp. art. L. 622-16 du Code de commerce Français.

⁵²⁴ V. à ce propos en France le droit du surendettement, qui dans sa dernière version, connaît lui aussi l'arrêt du cours des intérêts. En effet, la loi du 1^{er} juillet 2010 a ajouté un dernier alinéa à l'article L. 331-6 du Code de la consommation, aux termes duquel « les créances figurant dans l'état du passif définitivement arrêté par la commission ou le juge ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard jusqu'à la mise en œuvre du plan » conventionnel. Une règle similaire a été inscrite dans l'article L. 331-7 du Code de la consommation, relatif aux mesures imposées par la commission de surendettement en cas d'échec de sa mission de conciliation: «les créances figurant dans l'état du passif définitivement arrêté par la commission ou le juge ne peuvent produire d'intérêts ou générer de pénalités de retard jusqu'à ce que les mesures prévues au présent article soient opposables au créancier ».

⁵²⁵ Le chercheur qui s'intéresse à l'historique de l'intérêt est surpris par son évolution.

La vulgate affirme que l'intérêt était jusqu'à la Révolution Française complètement interdit par l'Église Catholique, même dans les relations temporelles. L'interdiction reposait sur la considération que le prêteur ne pouvait se faire rémunérer un temps qui n'appartient qu'à Dieu. Le libéralisme dominant, acquis de la Révolution, admet l'intérêt, sans autre restriction que l'abus qualifié d'usure. La légitimité de l'intérêt est ainsi acquise dans une société dite libérale où, le prêt d'argent contre rémunération est devenu le moteur de l'activité économique. Dans la société contemporaine, l'intérêt a plusieurs justifications. On pourrait citer l'incitation au risque du crédit, la privation de jouissance du prêteur, les pertes d'opportunités, la participation de l'emprunteur, la rémunération du travail et le maintien du capital. Par principe, tout crédit est risqué. L'intérêt incite le prêteur

n'était que l'une des manifestations de la loi de l'égalité sur laquelle ont toujours été bâties les procédures collectives. Il avait pour but de fixer rapidement le passif dans la perspective d'un règlement global. Ainsi, l'arrêt du cours des intérêts s'appliquait uniquement aux créanciers chirographaires qui constituaient la masse. La décision d'ouverture arrêta à leur égard, le cours des intérêts légaux et conventionnels. Cette mesure n'affectait pas les créances garanties par une sûreté qui était censée couvrir l'intégralité de la dette en principal et en intérêts⁵²⁷.

501. L'arrêt du cours des intérêts a subi un remodelage dans le système OHADA des procédures collectives. Elle paraît plus fondée sur l'espoir de redressement de l'entreprise que sur le souci d'assurer l'égalité entre créanciers et de fixer le passif⁵²⁸. Le sauvetage envisagé justifie son extension voire sa généralisation: la mesure s'impose dorénavant à tous les créanciers dans la masse qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés spéciales⁵²⁹. Il s'agit d'une disposition d'ordre public inhérente au fonctionnement de la procédure. Il en résulte que le débiteur reste tenu seulement des intérêts échus au jour de la décision du tribunal, et qu'il est libéré des intérêts à échoir à compter de ce jugement.

502. Conçu dans un esprit différent, l'arrêt du cours des intérêts n'a plus le même domaine d'application ni les mêmes effets qu'autrefois. Le législateur contemporain organise l'atteinte à la loi contractuelle. La principale raison peut être aisément identifiée. Il est clair que cette mesure est apparue aux yeux de son concepteur, comme une protection efficace pour le débiteur et suffisamment indolore pour le créancier. Efficace pour le débiteur, parce qu'elle permet de le libérer d'une charge qui pourrait s'avérer lourde. Relativement indolore pour le créancier parce que l'intérêt n'est, du point de vue juridique, qu'un accessoire et, du point de vue économique, qu'une rémunération. De là, l'idée selon laquelle sa privation n'est guère préjudiciable au créancier puisqu'elle ne lui occasionne qu'un manque à gagner et non une

à courir le risque au lieu de laisser son argent inactif. C'est bien le gain qu'il pourra tirer du crédit qui importe au prêteur. Cette justification est la première dans une économie ouverte, où les sujets de droit entrent en relations contractuelles, sans forcément se connaître. Le crédit crée la richesse des autres et favorise des activités utiles.

En dépit de ces justifications, il se développe une critique permanente qui conduit de plus en plus à supprimer ou à réduire les créances d'intérêt, notamment, lorsque l'entreprise débitrice connaît des difficultés.

⁵²⁶ À l'origine, elle ne traduisait aucune hostilité à l'égard des créanciers, pas plus que le souci de favoriser le débiteur défaillant.

⁵²⁷ V. A. KANTÉ, « Réflexions sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A.) », EDJA, n° 56, www.OHADA.org.

⁵²⁸ L'arrêt du cours des intérêts est tempérée par une nouvelle considération: le souci d'encourager le crédit à moyen et long terme. Le cours des intérêts se poursuit pour les contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou des contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus si la décision a ouvert une procédure de redressement judiciaire (Art. 77 in fine A.U.P.C.A.P). Cette exception en faveur des contrats à moyen ou à long terme est importante parce qu'elle favorise l'investissement.

⁵²⁹ Art. 77, A.U.P.C.A.P pendant, les intérêts continuent à courir à l'égard des garants, cf. n° 342et s.

perte. L'analyse est erronée, car le créancier victime doit, lui-même, payer des intérêts à celui auprès de qui il se refinance⁵³⁰.

503. La mesure suscite quelques interrogations en cas de liquidation des biens. Lorsque l'actif du débiteur permet de régler l'intégralité des dettes, est-il logique qu'il bénéficie du solde du passif sans être tenu d'assurer le règlement des intérêts notamment en cas de clôture de la procédure pour extinction du passif?

504. Cette question est pertinente eu égard à la durée parfois très longue de la liquidation et aux variations de la valeur monétaire. En effet, la liquidation des éléments de l'actif peut s'étendre sur plusieurs années et le jeu de l'érosion monétaire, peut conduire le débiteur à ne rembourser en fait qu'une partie du capital. Les débiteurs tireront ainsi un grand avantage de la réalisation tardive de leurs biens, car ils bénéficieront de la réévaluation des éléments de leur actif par rapport à leur passif. Ce dernier restant inchangé et l'actif se réévaluant, on peut aboutir à un règlement de la totalité du passif, alors que cette situation n'est pas spécialement favorable pour les créanciers⁵³¹.

505. Outre l'hypothèse de la liquidation des biens, un débiteur soucieux de préserver sa notoriété et son honorabilité peut souhaiter que la procédure ouverte contre lui soit immédiatement et définitivement refermée. Pour ce faire, il se proposera de payer ses dettes vis-à-vis de ses créanciers. Cette option a des effets positifs pour le débiteur qui regagne ainsi la confiance de ses partenaires. Mais en l'état actuel de la législation communautaire, il sera amené à ne payer que le principal, exclusion faite des intérêts, ce qui crée un préjudice aux créanciers qui sont en droit d'attendre le paiement intégral. Il y a lieu de redouter les dérives qui peuvent découler de l'arrêt systématique du cours des intérêts: cette mesure, et bien d'autres ne doivent pas transformer la procédure collective en un outil de gestion pour les débiteurs astucieux qui leur permettraient de ne pas payer leurs dettes. L'arrêt du cours des intérêts est une façon élégante, parce que discrète, de réduire le total de la somme due, mais qui n'est pas indolore pour le prêteur.

Il réduit considérablement ses droits tout comme les délais et les remises consenties au débiteur.

⁵³⁰ Ph., PÉTEL, « L'allègement ou la suppression des intérêts », *Rev. jur. com.*, n° 7 et 8, juillet août 1994, p. 327.

⁵³¹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, Paris, 1995, n° 2496.

b. « L'imposition » des délais et des remises

506. La remise de dette est un acte juridique, en principe gratuit. La gratuité suppose la présence d'une intention libérale, qui peut être conçue comme la préférence donnée à autrui, plutôt qu'à soi-même ou la conscience de ne pas avoir d'équivalent à la gratification procurée au débiteur⁵³². Elle suppose également l'absence de contrepartie, le créancier libérant le débiteur sans rien recevoir en retour, c'est-à-dire sans contre-prestation. Ainsi, dans son essence, la remise de dette est un acte généreux⁵³³ qui anéantit, en tout ou partie, le lien contractuel, sans que la partie qui pouvait légitimement prétendre recouvrer son dû ne soit satisfaite. Tout au plus, en tire-t-elle un intérêt moral.

507. Ainsi, la remise de dette est-elle un acte conventionnel. Ce caractère vient de ce que, même si le créancier doit manifester son désir de libérer, en tout ou partie son débiteur, l'extinction de l'obligation est subordonnée à son acceptation. En effet, les articles 1285 et 1287 du Code civil parlent de décharge conventionnelle, impliquant donc l'accord de deux volontés⁵³⁴.

Tel ne semble pas être le cas, lorsque cette mesure est consentie à un débiteur en difficulté. Lorsque la procédure est ouverte, on assiste à la dénaturation et à l'instrumentalisation des délais et des remises de dettes.

α. La dénaturation des remises de dette

508. Lorsque l'entreprise n'est plus en mesure de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, une procédure collective est ouverte contre elle et dans ce cadre, les créanciers de l'entreprise vont être sollicités pour consentir des sacrifices dans l'espoir de permettre son redressement. Au nombre des sacrifices, figurent des remises de dettes qui, à

⁵³² Sur les différentes conceptions de l'intention libérale, v. J. CHAMPEAUX, *Étude sur la notion de l'acte à titre gratuit en droit civil*, Th., Strasbourg, 1931, p. 50 et s.; J.-J. DUPEROUX, *Contribution à la théorie de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955, p. 23 et s.; H. MEAU-LAUTOUR, *Les donations déguisées en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1985, p. 70 et s.

⁵³³ Lors de la naissance de l'obligation, créancier et débiteur sont présumés égaux en expérience et en puissance et demeurent libres de contracter ou de ne pas contracter. C'est parce que ce rapport est conçu en ces termes que la remise de dette est un acte généreux. Le créancier peut, certes, exiger du débiteur l'exécution de son obligation, mais il peut aussi s'abstenir de le faire.

⁵³⁴ V. B. STARCK, *Droit civil: Les obligations*. 3. Régime général, Litec, 4^e éd. 1992 par H. ROLAND et L. BOYER, n° 366; J., L., et H. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil. Obligations, Théorie Générale* par F. CHABAS, t. 2, vol. 1, LGDJ, 8^e éd. n° 1105; P. VOIRIN et G. GOUBEAUX, *Droit civ t.1*, LGDJ, 26^e éd. par G. GOUBEAUX, n° 1146; Cass. Req., 29 mars 1936, DP 1936, I, p. 1, note VOIRIN.

priori: conservent le caractère conventionnel, lorsqu'elles sont accordées de façon volontaire par le créancier. En effet, la procédure prescrite par l'Acte uniforme⁵³⁵ est la suivante: le greffier communique la proposition de concordat au syndic qui recueille, éventuellement, l'avis des contrôleurs. Le greffier avise les créanciers de cette proposition par insertion dans un journal d'annonces légales, en même temps que du dépôt de l'état des créances. En outre, le greffier avertit immédiatement les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale d'avoir à faire connaître, au plus tard à l'expiration du délai de quinze jours, s'ils acceptent ces propositions concordataires ou s'ils entendent accorder des délais et des remises différents⁵³⁶. Ils peuvent prendre part au vote, sans renoncer à leur sûreté, et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur. D'ailleurs, ils peuvent refuser les propositions de remises qui leur sont faites. Mais ce refus pour être valable doit être exprès⁵³⁷.

Le défaut de réponse dans le délai de quinze jours à compter de la réception de l'avertissement, vaut acceptation du concordat et des remises y afférentes. Tous les créanciers dûment appelés sont présumés avoir accepté le concordat, s'ils ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire⁵³⁸. On est en droit de s'interroger sur la réalité d'une telle acceptation⁵³⁹.

509. Le législateur instaure une présomption irréfragable d'acceptation du créancier, s'il observe le silence, après avoir reçu la proposition de remises concordataires. Cela surprend quand on se souvient que, de jurisprudence constante, le silence gardé par le destinataire d'une offre ne vaut pas acceptation⁵⁴⁰. N'est-ce pas faire la part belle au débiteur en le libérant partiellement, alors même que le créancier n'a pas extériorisé son désir d'alléger le passif de ce dernier en renonçant à sa créance ?⁵⁴¹

510. Il s'agit de la remise en cause d'un principe du droit des obligations, d'une extrême gravité lorsqu'on s'intéresse au sort de la caution. En effet, la caution poursuivie par le créancier est tenue de payer l'intégralité de la dette, puisqu'elle ne peut pas se prévaloir des

⁵³⁵ Art. 119 et s AUPCAP.

⁵³⁶ Ces créanciers doivent être avertis personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite contenant un exemplaire des propositions concordataires ; art. 119 A.U.P.C.

⁵³⁷ Y. GUYON, *Droit des affaires*, t. 2, *Entreprises en difficulté, Redressement judiciaire-aillite*, Economica, 9^e éd., 2003, n° 1265.

⁵³⁸ Cf. art. 125 A.U.P.C.

⁵³⁹ D. VIDAL, note sous Cass. com. , 17 nov. 1992, D. 1993, p. 41.

⁵⁴⁰ Cass. civ. 1^{re} , 16 avr. 1996, JCP éd. G. IV, 1996, 1366.

⁵⁴¹ B. SOINNE, *op. cit.*, n° 1478.

dispositions concordataires⁵⁴². Pourtant, en retour, lorsqu'elle intente un recours subrogatoire contre le débiteur après avoir désintéressé le créancier, elle se verra opposer la réduction de créance obtenue par les remises⁵⁴³. Par conséquent, elle est tenue de subir par l'effet de la loi, une «perte sèche»⁵⁴⁴.

511. Si le caractère conventionnel des remises, acceptées de façon expresse par le créancier, ne fait l'objet d'aucune contestation, la question est discutée dans les cas où les créanciers ne répondent pas à la consultation écrite. Selon l'expression d'un auteur, ces remises de dettes constituent des « réductions surprises »⁵⁴⁵. Pour la doctrine, le législateur impose une acceptation forcée des propositions de remises⁵⁴⁶; cette prétendue remise de dettes n'est rien d'autre «*qu'une solution procédurale à l'insolvabilité du débiteur dans laquelle on ne retrouve pas les caractères de la remise de dette, et notamment, la volonté de soulager le débiteur; il s'agit d'une solution imposée par les circonstances ou le juge*»⁵⁴⁷.

β. L'instrumentalisation des délais et des remises

512. Légalement, les créanciers bénéficiant de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les délais et remises qu'ils ont librement consentis. Mais cette mesure de protection du consentement des créanciers est sapée par les prérogatives du tribunal, qui dispose des moyens directs et indirects pour imposer des délais et des remises. Ainsi peut-il imposer des délais uniformes à tous les créanciers si le concordat comporte des délais n'excédant pas deux ans, même si les délais consentis par les créanciers munis de sûreté sont inférieurs⁵⁴⁸.

513. Les créanciers qui refusent les propositions concordataires du débiteur n'encourent aucune sanction. Le tribunal a seulement la possibilité de fixer des délais de paiement plus longs pour ces derniers, par rapport aux autres créanciers qui ont contribué à

⁵⁴² Art. 134 in fine.

⁵⁴³ G. GUÉRY, *Pratique du droit des affaires*, 6^e éd., Paris, Dunod, p. 1021.

⁵⁴⁴ En principe, la perte pourrait être évitée si la caution intente plutôt un recours personnel. Mais l'espoir de paiement est illusoire, puisque la caution qui paye et produit sa créance, est classée dans la catégorie des créanciers chirographaires.

⁵⁴⁵ C. MOULY, « La situation des créanciers antérieurs », *Rev. jur. com.*, 1987, p. 155, n° 68.

⁵⁴⁶ V. F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, , *Dalloz*, 3^e éd., 1991, n° 199.

⁵⁴⁷ M CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 291.

⁵⁴⁸ Art. 134 A.U.P.C.A.P.

«l'effort de guerre », en acceptant lesdites propositions. En principe, la fixation des délais longs devrait être motivée par le souci de préserver l'équilibre économique et financier de l'entreprise en redressement, et non par le refus de certains créanciers de consentir des délais et remises⁵⁴⁹. Les juges ne sont pas autorisés à utiliser les pouvoirs qu'ils tiennent de la loi, pour sanctionner les créanciers refusant⁵⁵⁰.

514. Mais il y a lieu de redouter un usage pernicieux de cette prérogative, c'est-à-dire, que le tribunal utilise la prolongation des délais comme une mesure de rétorsion à l'égard des créanciers qui n'auraient pas répondu favorablement aux propositions de remises des dettes⁵⁵¹. Il ressort de cette analyse que, de manière indirecte, les créanciers sont contraints d'accorder des remises au débiteur, sous la crainte d'une solution de rétorsion⁵⁵².

En s'appuyant sur les textes, le tribunal pourra réaliser indirectement ce qu'il ne peut faire directement. Une telle menace conduit à s'interroger sur le caractère volontaire des remises. Cette question divise les auteurs : pour les uns, il ne fait aucun doute, puisque le créancier a bénéficié d'une option⁵⁵³; d'autres auteurs émettent des réserves parce que, selon eux, il s'agirait d'une remise de dette déguisée exclusive d'une acceptation du créancier⁵⁵⁴. Dans le même sens, Christian MOULY écrit : « *l'obligation d'une diminution de la créance paraît fortement viciée : l'abusivité brièveté du délai comme le chantage légalisé dégage une forte senteur de violence, au moins économique* » ; l'auteur conclut qu'il y a une « *réduction extorquée* » de la créance⁵⁵⁵.

515. En réalité, il est permis de douter de la liberté du choix d'un créancier qui a conscience que le temps joue contre lui, et donc, qu'il vaut mieux opter pour un paiement partiel et à peu près certain, que pour un désintéressement total, mais incertain. On constate que les remises de dettes leur sont imposées par le jeu des dispositions législatives⁵⁵⁶.

Il a été soutenu que l'abandon partiel de créances, sous l'instigation du législateur et la pression des juges, joue alors un double rôle : il soulage le débiteur d'une partie de son

⁵⁴⁹ E. NSIE, « Les remises de dettes consenties au débiteur en difficultés », Rev. Proc. Coll. 1998-2, note 19.

⁵⁵⁰ V. à ce sujet les conclusions de M. le Substitut général B. CHALLE sous CA. Versailles, 19 mai 1988 ; D., 1988, p. 572 et s.

⁵⁵¹ Par leur résistance, ils ne facilitent pas l'œuvre de redressement de l'entreprise que le tribunal entend conduire.

⁵⁵² B. SOINNE, *op. cit.*, n° 1584.

⁵⁵³ V. F. DERRIDA, P. GODE et J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, note 2483, p. 408.

⁵⁵⁴ V. notamment A. MARTIN-SERF, *op. cit.* n° 144.

⁵⁵⁵ C. MOULY, *op. cit.* n° 69.

⁵⁵⁶ E. NSIE, *op. cit.*, n° 13.

obligation et permet au créancier d'éviter de tout perdre⁵⁵⁷. En le libérant, le créancier pose les jalons d'un retour à meilleure fortune, condition de son désintéressement total ; la remise de dette devient alors un acte intéressé. Dans ce sens, les remises concordataires ne seraient pas des libéralités ; elles constitueraient plutôt une stratégie de redressement dans l'intérêt du débiteur et des créanciers⁵⁵⁸. En dépit de cette argumentation, il convient de ne pas faire preuve de naïveté. En réalité, même en acceptant les réductions de créances les plus drastiques, les créanciers n'ont aucune assurance de paiement immédiat. De maigres dividendes leur sont souvent versés après plusieurs années, avec la possibilité pour le tribunal de procéder aux multiples reports d'échéances.

516. En définitive, il ressort des textes une volonté mitigée du législateur de réserver aux créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles un traitement de faveur quant aux délais et aux remises. Les mesures légales de protection sont paradoxalement multiples et inefficaces : droit d'avertissement personnel avec accusé de réception, accompagné des propositions concordataires du débiteur, droit d'accorder des délais et remises différents et même de refuser les remises. Cette diminution des droits substantiels des créanciers nantis de sûretés réelles traditionnelles vient confirmer le doute sur leur paiement effectif.

2. L'incertitude du paiement des créanciers traditionnels à la clôture de la procédure

517. Le sort détestable réservé aux créanciers détenteurs de sûretés réelles traditionnelles se traduit autrement par le doute immense sur leur désintéressement effectif à la fin de la procédure d'insolvabilité ouverte contre leur débiteur.

Le paiement à l'échéance et hors concours, qui rend presque indolore pour les créanciers bénéficiaires l'ouverture d'une procédure collective, ne profite qu'à des catégories limitées de créanciers : pour l'essentiel, certains créanciers privilégiés particulièrement utiles à l'entreprise débitrice, à savoir les salariés et les titulaires du privilège de la procédure ; par ailleurs, les créanciers rétenteurs ou propriétaires.

⁵⁵⁷ Lorsque les droits du créancier sont concrètement mis en œuvre, on s'aperçoit qu'une trop grande rigueur peut desservir ses intérêts. Il vaut mieux un débiteur qui exécute partiellement ses obligations qu'un autre étranglé, asphyxié et ne pouvant rien payer. Aussi quand l'exécution en l'état s'avère impossible, le système s'assouplit en prévoyant la possibilité d'une libération partielle de l'infortuné débiteur. Le caractère intéressé des remises de dettes consenties dans ces conditions ne souffre d'aucune contestation.

⁵⁵⁸ C. A. KOUASSI, *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte-d'Ivoire, Études juridiques et formulaires*, Abidjan, éd., Socogec, 1987, n° 608.

518. Mais cet impact est à relativiser en fonction de la sûreté réelle dont est titulaire le créancier. L'illustration parfaite en est donnée au moment crucial de leur désintéressement ou plus simplement de leur paiement. Lorsqu'un débiteur est soumis à une procédure d'insolvabilité, le paiement de ses créanciers est en principe interdit⁵⁵⁹. Mais, pour des raisons diverses, différentes catégories de créanciers sont soustraient de cette règle de l'interdiction des paiements⁵⁶⁰.

519. Ces dispositions, inspirées par le souci d'assurer une discipline collective et surtout de permettre le redressement du débiteur⁵⁶¹, bien que critiquée et critiquable⁵⁶² font resurgir la « lancinante » question de l'efficacité des sûretés réelles à cette étape⁵⁶³.

520. Par définition, la fonction des sûretés en générale et des sûretés réelles en particulier est de pallier l'impayé⁵⁶⁴ ou l'insolvabilité du débiteur. Mais dans leur application, une situation contraire se dégage, faisant entrevoir une certaine différenciation dans le paiement des créanciers titulaires de sûretés réelles.

521. En effet, si les sûretés réelles doivent aboutir en principe au désintéressement, au moins partiel, de leurs titulaires, toutes ne conduisent cependant pas à ce résultat de la même manière. Certains dérogent purement et simplement à la règle précitée de l'interdiction des paiements après le jugement d'ouverture en procurant à leurs bénéficiaires un paiement à l'échéance⁵⁶⁵. D'autres permettent, de manière plus classique, un paiement par préférence sur le prix de cession, soit de l'entreprise elle-même, soit de certains actifs, ou sur les deniers de

⁵⁵⁹ Sur les raisons et la portée de ce principe, v. notamment F. PÉROCHON, «Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles», D. 2009. 651 ; égal. en droit Français, l'article L. 622-7 du code de commerce.

⁵⁶⁰ Peuvent ainsi recevoir des fonds, alors même que leur débiteur fait l'objet d'une procédure collective, les salariés, les créanciers titulaires d'un droit de rétention ou droit de propriété - sur un ou plusieurs biens utiles au bon déroulement de la procédure, les bénéficiaires du privilège de la procédure et, enfin, les titulaires de sûretés transférées au cessionnaire de l'entreprise débitrice.

⁵⁶¹ V. F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficultés*, Bruylant 2002, qui établit le tableau des objectifs poursuivis par différentes procédures d'insolvabilité, qui place en priorité le paiement des créanciers dans les procédures collectives en droit OHADA. Dans la pratique la réalité est tout autre et rejoint malheureusement la situation qu'établit les procédures d'insolvabilité Française, qui placent le rétablissement du débiteur en priorité.

⁵⁶² V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Sirey, 3^e éd., 2012, n° 2518, qui estime ces dispositions qui interdisent tout paiement, en principe, à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le débiteur, contreviennent à la force obligatoire des contrats conclus entre le débiteur et ses créanciers.

⁵⁶³ Il s'agit du paiement.

⁵⁶⁴ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.* n° 2518.

⁵⁶⁵ Le paiement à l'échéance se décline en deux formes que sont : le paiement direct et le paiement indirect. Pour la définition de ces types de paiements et les créanciers qu'ils concernent. V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.* n°2520 et s.

la liquidation. Ces deux formes de paiement n'offrent pas la même sécurité aux créanciers : dans le premier cas, les créanciers ne souffrent d'aucune concurrence sur le prix qu'ils sont amenés à recevoir ; dans le second cas, à l'inverse, les créanciers sont soumis à la loi du concours. Cette distinction permet de mettre en lumière le degré d'efficacité des différentes sûretés réelles ⁵⁶⁶qui penchent incontestablement en faveur des sûretés réelles qui confèrent une certaine exclusivité à leur titulaire.

522. Tous les autres créanciers couverts par une sûreté réelle préférentielle voient, au contraire, leurs intérêts sacrifiés lorsque leur débiteur est soumis à une procédure d'insolvabilité. Cette dernière perturbe ainsi profondément le jeu des sûretés réelles classiques conférant un droit de préférence, qu'elles garantissent des créances antérieures au jugement d'ouverture ou, plus exceptionnellement, des créances postérieures. Certes, au moment de la réalisation des actifs du débiteur, le droit de préférence attaché au droit réel accessoire de garantie augmente les chances de paiement par rapport aux simples créanciers chirographaires. Mais la réalisation de ce droit, tout comme les bénéfices qui peuvent en être retirés, ne suit nullement le droit commun. Le droit des entreprises en difficulté déroge en effet à celui-ci, d'une part, en encadrant l'exercice des droits de préférence, d'autre part, en bouleversant la hiérarchie des droits de préférence⁵⁶⁷. Il en résulte souvent un déficit de sécurité, caractéristique de l'inefficacité pour une sûreté.

3. Le rétablissement partiel de leur droit en cas de cession isolé d'un bien grevé d'une sûreté réelle traditionnelle

523. Si les créanciers titulaires de sûretés réelles ne peuvent généralement pas en poursuivre individuellement la mise en œuvre après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, cela ne signifie cependant pas que leur droit de préférence ne pourra plus être exercé. En réalité, les droits de préférence vont pouvoir jouer, soit sur le prix de cession des biens grevés, soit sur les deniers de la liquidation, autrement dit après que les organes de la procédure auront pris l'initiative de la réalisation. Celle-ci prend des formes distinctes aux différents stades de la procédure⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 2519

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ *Idem*, ces auteurs décrivent les droits des créanciers dans les différentes étapes de la procédure.

524. Lorsque le débiteur se trouve en redressement judiciaire, les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité prévues par l'article 125 de l'AUPCAP, de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse en cas de cession partielle⁵⁶⁹ d'actif sur lequel porte une sûreté réelle traditionnelle.

Dans un souci de protection des créanciers nantis de sûretés réelles spéciales, la juridiction compétente ne peut cependant homologuer la cession partielle d'actif que :

- si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation des dispositions de l'article 168 ci-dessous ;
- si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

525. La situation est presque identique au cas où le redressement judiciaire se solde par une liquidation judiciaire. En effet, la faculté est donnée au syndic, autorisé par le juge-commissaire de, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur du créancier nanti⁵⁷⁰.

526. Au cas où le syndic serait inactif par négligence ou oubli le créancier titulaire de sûreté réelle traditionnelle n'est pas démuné, mais il devra attendre cependant respecter un délai de trois mois suivant la décision de liquidation des biens, avant d'entreprendre lui-même

Ainsi, selon l'article, L. 622-8 du code de commerce, en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Après l'adoption du plan, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan.

Le juge-commissaire peut ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien. Sauf décision spécialement motivée du juge-commissaire ou lorsqu'il intervient au bénéfice du trésor ou des organismes sociaux ou organismes assimilés, ce paiement provisionnel est subordonné à la présentation par son bénéficiaire d'une garantie émanant d'un établissement de crédit.

Si le paiement provisionnel devait s'avérer indu, en raison du rejet total ou partiel de la créance ou de la contestation de la sûreté qui le justifie (par exemple, sur le fondement des nullités de la période suspecte), le créancier bénéficiaire devrait restituer les fonds reçus sur première demande du mandataire de justice habilité.

⁵⁶⁹ Cf. art. 131 et 132 de l'AUPCAP.

⁵⁷⁰ V. art. 149 alinéa 1^{er} AUPCAP.

la procédure de réalisation de sa sûreté ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic⁵⁷¹.

Le Trésor public, l'administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociales disposent du même droit pour le recouvrement de leurs créances privilégiées, qu'ils exercent dans les mêmes conditions que les créanciers gagistes et nantis.

527. Le sort des sûretés réelles traditionnelles, malgré ce relatif rétablissement en cas de cession partielle d'actif ou de liquidation des biens du débiteur, n'est pas très reluisant. En effet, il demeure un doute relativement élevé pour le créancier titulaire de l'une de ses sûretés réelles traditionnelles de ne pas pouvoir recouvrer la totalité de sa créance. Et dans ce cas, il est tout simplement marginalisé puisqu'il devient un simple créancier chirographaire pour le reliquat de sa créance⁵⁷².

528. La situation des sûretés réelles traditionnelles sera peut-être encore plus terne avec l'introduction probable de créancier super privilégié en raison de « l'argent frais »⁵⁷³ qu'ils injectent dans le sauvetage du débiteur. En effet, si ce projet inspiré du privilège du « new money » français est concrétisé, les sûretés réelles traditionnelles déclineront d'un rang dans la répartition du prix de la vente d'un bien du débiteur. Une contrainte ou une dépréciation de plus de leur droit qui vient s'ajouter à celles que leur impose déjà l'AUPSRVE.

⁵⁷¹ V. art. 149 alinéa 2 et 3 AUPCAP.

⁵⁷² Art. 168 AUPCAP « Si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier titulaire de cette sûreté est traité, pour le reliquat non payé de sa créance, comme un créancier chirographaire ».

⁵⁷³ V. art 5-11 du projet de réforme de l'AUPCAP qui dispose que : « En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué[...] les personnes qui avaient consenti dans l'accord à un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre de super privilège[...] ». Le but donc de l'instauration du législateur est de mettre en place un privilège en faveur des personnes acceptant d'apporter de l'argent frais ou de nouveaux biens ou services dans le cadre de la conciliation.

Section 2 : Les lourdes contraintes imposées aux sûretés réelles traditionnelles par l'AUPSRVE

529. L'affaiblissement des droits des créanciers nantis de sûretés réelles préférentielles principalement est à la fois, la résultante, de la protection spéciale accordée au débiteur (§. 1) et du caractère incertain du titre exécutoire détenu par le créancier (§. 2).

§. 1 : L'excessive protection du débiteur

530. C'est le souci de protéger les biens du débiteur qui a conduit le législateur OHADA à exiger du poursuivant l'observance de certaines conditions, en cas d'exécution forcée. Pour l'essentiel, il a été fait obligation au créancier de respecter le sacro-saint principe du contradictoire. Tout acte d'exécution doit être obligatoirement signifié au débiteur afin de susciter sa réaction ou plus exactement sa défense. C'est le droit à l'information (A). Le principe de la contestation aussi a été maintenu. Chaque fois que l'exécution forcée ne s'est pas déroulée conformément à la loi, le débiteur est en droit de résister. C'est le droit à la contestation (B).

A. L'obligation d'information du débiteur

531. La mise des biens du débiteur sous main de justice ne se fait pas n'importe comment. Elle est entourée d'un ensemble de formalités qui recherchent un certain équilibre entre les intérêts du créancier saisissant et ceux du débiteur. Parmi les plus importantes, il y a l'obligation préalable de procéder à des mises en garde, la localisation temporelle de la saisie et surtout, la délimitation de la matière saisissable.

532. Le principe est posé par l'article 35 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant recouvrement simplifié et voies d'exécution (AUPSRVE) qui dispose : « *Toute personne qui, à l'occasion d'une mesure propre à assurer l'exécution ou la conservation d'une créance, se prévaut d'un document est tenue de le communiquer ou d'en donner copie si ce n'est dans le cas où il aurait été notifié antérieurement, à moins que le présent Acte n'en dispose autrement.* ». Autrement dit, tout acte d'exécution posé par le créancier doit être révélé au

débiteur afin de lui permettre de réagir ou tout au moins d'exercer ses droits de la défense, car ceux-ci sont un corollaire au droit à l'information⁵⁷⁴.

Il est repris par chaque catégorie de saisies, qu'elles soient conservatoires (1) ou exécutoires (2).

1. Dans les saisies conservatoires

533. Ce sont celles qui tendent uniquement à rendre indisponibles certains biens mobiliers appartenant au débiteur. Dans les législations qui étaient applicables avant l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme, il y avait généralement deux types de saisies conservatoires : la saisie conservatoire de droit commun et les saisies conservatoires spécialisées qui étaient utilisées dans des domaines précis : la saisie-gagerie destinée à garantir les créances nées du contrat de bail, la saisie foraine ayant pour objet de garantir les créances sur les débiteurs de passage et la saisie-revendication permettant d'exercer le droit de suite sur les meubles corporels. aujourd'hui, l'Acte uniforme distingue quatre principaux types de saisies conservatoires : la saisie conservatoire des biens meubles corporels, la saisie conservatoire des créances, la saisie conservatoire des droits d'associé et des valeurs mobilières et la saisie-revendication qui est un prélude à la saisie-appréhension avec laquelle elle est traitée.

534. En matière de saisie conservatoire de biens meubles corporels, le droit à l'information diffère selon que la saisie est pratiquée entre les mains du débiteur saisi lui-même ou entre les mains d'un tiers détenteur. Dans la première hypothèse, une distinction doit être faite suivant que le débiteur saisi est présent ou non au moment de la saisie. Si le débiteur assiste à la saisie, une copie du procès-verbal portant les mêmes signatures que l'original est immédiatement remise au débiteur saisi et cette remise vaut signification⁵⁷⁵. Lorsque le débiteur n'a pas assisté à la saisie, une copie du procès-verbal lui est signifiée, en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il fasse connaître à l'huissier l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et lui en communiquer le procès-verbal⁵⁷⁶. Dans la seconde hypothèse, une fois la saisie achevée, l'huissier ou l'agent d'exécution doit immédiatement remettre une copie de l'acte de saisie au tiers détenteur s'il est présent. Cette copie doit porter les mêmes signatures que l'original. Cette remise vaut signification de la saisie au tiers

⁵⁷⁴ V. S. S. KUATE TAMEGHE, La protection du débiteur dans les systèmes des voies d'exécution OHADA, Th., Bordeaux IV, 2003, p 79 et s.

⁵⁷⁵ V. art. 65, al. 2 AUPSRVE.

⁵⁷⁶ V. art. 65, al. 3 AUPSRVE.

détenteur. Si le tiers détenteur est absent au cours de la saisie, une copie du procès-verbal lui sera signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il portât à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution l'existence d'une éventuelle saisie antérieure ainsi que la communication du procès-verbal de cette saisie. Une copie du procès-verbal de saisie pratiquée entre les mains du tiers détenteur doit également être signifiée par l'huissier ou l'agent d'exécution au débiteur dans un délai de huit jours⁵⁷⁷.

La saisie conservatoire de créances et la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières s'inscrivent dans la même logique. Aux termes des articles 79 et 86 de l'Acte uniforme portant recouvrement simplifié et voies d'exécution, il est fait obligation au créancier saisissant de porter à la connaissance du débiteur, dans un délai de huit jours et par acte d'huissier ou d'agent d'exécution, la saisie conservatoire pratiquée sur ses avoirs, parts ou valeurs. C'est à travers cet acte que le débiteur saisi, titulaire de la créance objet de la saisie, sera officiellement informé de la procédure en cours, s'agissant de saisies qui se déroulent entre le créancier saisissant et le tiers saisi.

535. Enfin, en matière de saisie-revendication, le droit à l'information appartient au tiers détenteur considéré, en l'espèce, comme débiteur tenu de délivrer ou de restituer. Si la saisie a été pratiquée entre les mains du tiers détenteur du bien, l'acte de saisie lui est remis en main propre par l'huissier ou l'agent d'exécution. Cette remise vaut dénonciation. En revanche, lorsqu'elle est effectuée entre les mains d'un tiers, une copie de l'acte lui est signifiée en lui impartissant un délai de huit jours au plus tard pour informer l'huissier ou l'agent d'exécution de l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et en communiquer, le cas échéant, le procès-verbal. Il s'agit là de modalités du droit à l'information que l'on retrouve également en matière de saisies exécutoires.

2. Dans les saisies exécutoires

536. Ce sont des saisies mobilières ou immobilières qui tendent à la réalisation, à la restitution ou à la délivrance des biens, des titres ou des valeurs saisis. Autrefois⁵⁷⁸, on dénombrait trois grands types de saisies exécutoires : la saisie-exécution, la saisie-arrêt sur titre exécutoire et la saisie immobilière. Actuellement, l'Acte uniforme en distingue plusieurs,

⁵⁷⁷ V. art. 67, al. 3 AUPSRVE.

⁵⁷⁸ Dans les législations antérieures à l'entrée en vigueur de l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution(AUPSRVE) adopté en avril 1998

à savoir la saisie-vente qui est une saisie mobilière tendant à l'exécution, la saisie-attribution des créances, la saisie-appréhension afin d'obtenir la remise ou la restitution d'un bien meuble corporel et la saisie immobilière classique.

537. Sauf en matière de saisie-attribution, les opérations de saisie à fin d'exécution sont obligatoirement précédées d'un droit d'information préalable du débiteur appelé communément le commandement de payer, de délivrer ou de restituer. À travers cet exploit d'huissier ou d'agent d'exécution, le débiteur est avisé de ce que le créancier envisage de faire vendre ses biens, de s'en approprier ou de les appréhender à défaut de règlement, de délivrance ou de restitution dans un délai précis .

538. Ce droit à l'information se poursuit à travers la signification ou la dénonciation des actes de saisie faits au débiteur. C'est ainsi qu'en matière de saisie-vente, une distinction doit être faite selon que la saisie a été pratiquée entre les mains du débiteur, du tiers détenteur ou élu créancier saisissant. Dans la première hypothèse, une copie du procès-verbal portant les mêmes signatures que l'original est immédiatement remise au débiteur s'il a assisté aux opérations de saisie. Cette remise vaut signification. À défaut, une copie de l'acte de saisie lui est signifiée en lui impartissant un délai de huit jours pour qu'il porte à la connaissance de l'huissier ou de l'agent d'exécution l'existence d'une éventuelle saisie antérieure et qu'il lui en communique le procès-verbal. Dans la deuxième hypothèse, une copie du procès-verbal de saisie pratiquée entre les mains du tiers détenteur doit être signifiée au débiteur saisi huit jours plus tard à compter de cette saisie. Cet acte de dénonciation est nécessaire afin d'informer le débiteur que ses biens qui étaient entre les mains du tiers ont été saisis par son créancier. Dans la troisième hypothèse enfin, on suppose que le créancier a deux qualités : celle de créancier saisissant et celle de tiers détenteur. Il doit alors pratiquer la saisie-vente sur lui-même en respectant la même procédure que celle de la saisie pratiquée entre les mains du tiers détenteur, c'est-à-dire que le créancier saisissant aura recours à un huissier de justice ou à un agent d'exécution. Après l'acte de saisie, ce dernier devra dénoncer cette saisie au débiteur.

539. En matière de saisie-attribution de créances, de saisie-appréhension et de saisie immobilière, le droit à l'information du débiteur est également indispensable. Dans le premier cas, le débiteur ignore encore officiellement l'existence de la saisie-attribution qui a été signifiée au tiers saisi. Pour qu'il en soit informé, un nouvel exploit d'huissier ou d'agent d'exécution dénommé dénonciation de saisie est requis dans les huit jours suivant l'acte de saisie. Dans le deuxième cas, l'acte de remise ou d'appréhension doit être remis au débiteur

s'il a assisté aux opérations de saisie. Si la saisie-appréhension est pratiquée entre les mains d'un tiers, la sommation de remise du bien signifié au tiers doit immédiatement être dénoncée à la personne tenue de délivrer ou de restituer le bien, c'est-à-dire le débiteur. Enfin dans le troisième cas, il est à noter que la procédure est conduite unilatéralement par le poursuivant jusqu'au dépôt du cahier des charges. Pourtant, le saisi est aussi intéressé puisqu'il doit produire ses dires ou moyens de défense. C'est pourquoi les rédacteurs de l'Acte uniforme portant recouvrement simplifié et voies d'exécution ont fait obligation au poursuivant de faire sommation au débiteur de prendre connaissance au greffe du cahier des charges.

540. Cette obligation s'explique par le fait que c'est son immeuble qui va être vendu. Il est normal qu'il soit invité à prendre connaissance des conditions de la vente. Si celles-ci ne sont pas respectées, il aura droit, bien entendu, à la contestation.

B. La possibilité de contestation de l'exécution forcée

541. Chaque fois que le débiteur estime que les formalités prescrites par le législateur OHADA pour réaliser une exécution forcée n'ont pas été respectées ou que le bien-fondé de celle-ci n'est pas avéré, il est en droit d'exercer une contestation. En pratique, lorsqu'il saisit le juge, c'est pour exercer deux types de contestations : les unes relatives à la forme (1), les autres au fond (2).

1. Les contestations inhérentes à la forme

542. Afin d'assurer un minimum de sécurité au débiteur, le législateur OHADA a entouré la procédure d'exécution forcée d'un grand nombre de formalités donnant droit à contestation au débiteur en cas d'inobservation de celles-ci. Et, presque toujours, ces formalités sont prescrites à peine de nullité. Ceci justifie le grand nombre de demandes à l'effet de voir la procédure annulée pour inobservation de l'une ou l'autre de ces formalités. S'il ne fait l'ombre d'aucun doute que la liste des cas de contestation est difficile à dresser de manière exhaustive, il reste néanmoins qu'on peut en présenter quelques-uns.

543. D'abord l'irrégularité du titre qui est commun à toutes les voies d'exécution. Pour qu'il y ait exécution forcée, le poursuivant doit être muni d'un titre exécutoire régulier.

À l'exception des saisies conservatoire, l'existence d'une créance du saisissant sur le saisi n'autorise pas, à elle seule, l'ouverture d'une procédure d'exécution à l'encontre de ce dernier. Par titre exécutoire, on entend tout titre sur lequel a été apposée la formule exécutoire. Contrairement aux législations antérieures, l'Acte uniforme fournit une liste de titres exécutoires⁵⁷⁹, en prenant soin de préciser qu'ils peuvent n'être exécutoires que par provision. L'exemple type du titre exécutoire par provision étant l'ordonnance de référé.

Ainsi, le créancier, muni d'une ordonnance de référé, peut procéder à une saisie mobilière à fins d'exécution ou à une saisie immobilière⁵⁸⁰. Cependant, il est prévu que l'exécution sera poursuivie aux risques du créancier. De la sorte, si le titre exécutoire par provision est ultérieurement modifié, le créancier saisissant sera tenu de réparer intégralement le préjudice causé par l'exécution même si aucune faute ne peut être relevée à sa charge⁵⁸¹.

Cette solution, qui résulte des dispositions de l'article 32 alinéa 2, signifie concrètement qu'en cas de modification du titre exécutoire par provision, le créancier saisissant devra restituer le débiteur dans ses droits en nature ou par équivalent. Si l'on prend l'exemple d'une ordonnance de référé suivie d'un jugement au fond qui annule le montant de la créance, le créancier saisissant devra rendre au débiteur les biens saisis ou en acquitter l'équivalent s'ils ont été vendus.

544. Ensuite l'omission de signifier le commandement au débiteur lorsque cette formalité devait impérativement et préalablement être accomplie⁵⁸². Ainsi, le procès-verbal de saisie-vente doit être annulé lorsqu'il résulte de son examen qu'il n'y a pas eu de commandement préalable⁵⁸³. De manière plus globale, les vices de forme affectant le commandement donnent droit à contestation. C'est d'ailleurs à ce niveau que les contestations du débiteur s'élèvent plus fréquemment. Il en est de même de l'absence de commandement de

⁵⁷⁹ V. art. 33 AUPSRVE.

⁵⁸⁰ Dans ce dernier cas, le titre exécutoire par provision n'est utilisé que pour commencer la saisie immobilière.

⁵⁸¹ V. art. 32 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant recouvrement simplifié et voies d'exécution. Mais la Cour commune semble curieusement avoir une autre lecture de ce texte. Elle estime qu'il s'oppose à toute défense exécution provisoire, V. arrêt époux Karnib c/ SGBCI du 11 octobre 2001. Sa position a cependant évolué dans des arrêts rendus postérieurement. En effet, par trois arrêts rendus le jour, elle a estimé que ce texte n'est pas applicable à la procédure de défense à exécution provisoire, V. arrêts SEHIC Hollywood SA c/ SGBC, Socom SARL c/ SGBC, Socom SARL c/ SGBC & BEAC. La dernière décision de la Cour est plus proche de l'esprit réel de l'article 32. D'après la Cour, le titre exécutoire par provision peut donner lieu à une exécution forcée au seul choix du créancier poursuivant qui accepte le risque d'une condamnation à la réparation intégrale du préjudice causé au débiteur ...

⁵⁸² Il a été préalablement souligné que le commandement n'est pas obligatoire dans toutes les saisies, notamment en matière de saisie conservatoire où l'objectif recherché est précisément, dans un premier temps, de surprendre le débiteur.

⁵⁸³ Section du Tribunal de Sassandra, jugement n° 42 du 20 février 2003, Ohada.com/Ohadata J-04-307.

délivrer ou de restituer en matière de saisie-appréhension ou de commandement aux fins de saisie en matière de vente forcée d'immeubles.

545. Enfin l'inobservation des délais de procédure ou de dénonciation. En effet, dans le premier cas, lorsque le créancier, qui a pratiqué une saisie conservatoire, ne justifie pas avoir introduit, dans le délai d'un mois, une action aux fins d'obtenir un titre exécutoire⁵⁸⁴, le débiteur a le droit de contester cette saisie pour faire constater la caducité et obtenir, par voie de conséquence, la mainlevée.

546. Le moment de la demande en annulation n'est pas rigoureusement le même suivant que l'exécution forcée poursuivie est mobilière ou qu'elle est immobilière. Ainsi, dans les saisies mobilières, en général, le juge de l'exécution doit être saisi de la demande en nullité au plus tard avant la vente des objets saisis⁵⁸⁵. Mais comme le fait remarquer Sylvain KUATE opportunément, même à titre simplement indicatif, la formule de l'article 145 de l'AUPSRVE suivant laquelle « *la juridiction qui annule la saisie peut laisser à la charge du débiteur tout ou partie des frais qu'elle a occasionnés si le débiteur s'est abstenu de demander la nullité en temps utile* », est de nature à jeter le doute dans les esprits parce qu'elle fait croire que le moment prévu pour initier l'action, tel qu'il se lit à l'article 144 alinéa 1, est purement indicatif. Il appartiendra à la jurisprudence d'éclairer notre lanterne.

Dans le second cas, lorsque la saisie n'est pas portée à la connaissance du débiteur saisi dans un délai de huit jours, notamment lorsqu'elle est pratiquée entre les mains d'un tiers, la caducité puis la mainlevée sont également prononcées, des sanctions qui peuvent également atteindre la saisie en cas de contestations sur le fond.

2. Les contestations essentielles

547. Lors de la mise des biens du débiteur sous-main de justice, la loi lui offre la possibilité de soulever deux types de contestation de fond : l'une relative à la cause de la saisie et l'autre relative à son objet.

⁵⁸⁴ V. art 61 AUPSRVE

⁵⁸⁵ V. art 144 AUPSRVE qui dispose que « la nullité de la saisie pour vice de forme(...) peut être demandée par le débiteur jusqu'à la vente des objets saisis ».

548. Dans le premier cas, le débiteur est en droit de contester lorsque le créancier ne justifie pas d'une créance certaine, liquide et exigible. La créance est certaine lorsque son existence ne souffre d'aucune contestation. Elle s'oppose à la créance conditionnelle et à la créance éventuelle. La créance conditionnelle est celle dont la naissance dépend de la réalisation d'un événement futur et incertain. Une telle créance ne peut constituer la cause d'une saisie à fin d'exécution. Il en est de même de la créance éventuelle qui est une créance dont on ignore si elle existera ou non. Le compte courant en droit bancaire en est une illustration parfaite. Car, jusqu'à l'arrêt des comptes, on ne sait pas à l'avance si le compte aura un solde créditeur ou débiteur. La créance liquide, quant à elle, est une créance dont le montant est libellé en argent. La liquidité de la créance a pour objet d'éviter les abus d'un créancier qui ferait vendre tous les biens du débiteur alors même que la vente d'un seul suffirait à le désintéresser. Le fait de libeller la créance en argent évite qu'il y ait disproportion entre le montant de la créance et la valeur des biens saisis. Elle s'oppose ainsi aux créances à terme qui ne peuvent constituer la cause d'une saisie à fin d'exécution. L'exclusion des créances à terme concerne aussi bien le terme légal que le terme conventionnel.

549. Dans le second cas, le débiteur est en droit de contester chaque fois que la saisie porte soit sur un bien appartenant à autrui, soit sur un bien insaisissable. Dans la première hypothèse, l'article 50 de l'AUPRSVE précise que la saisie doit porter sur tous les biens du débiteur, présents ou à venir. Dans les biens futurs, il faut prendre en considération la nature particulière de certaines créances qui ne sont pas encore intégralement présentes dans le patrimoine du débiteur. C'est le cas des créances conditionnelles, à terme et à exécution successive. Dans le premier cas, pour que la créance existe, une condition doit se réaliser. Dans le second cas, un terme doit venir à échéance. Quant à la créance à exécution successive, elle est celle dont l'exécution s'échelonne dans le temps. En outre, l'Acte uniforme précise que la saisie peut être pratiquée alors même que les biens appartenant au débiteur sont détenus par un tiers. Il peut même arriver que les biens n'appartiennent pas exclusivement au débiteur, mais à plusieurs personnes. C'est le problème de la saisie des biens indivis. Enfin si les biens du débiteur ont déjà fait l'objet d'une première saisie, une seconde est toujours possible même si cette solution s'oppose au vieil adage français « *saisie sur saisie ne vaut* ». Dans la seconde hypothèse, l'article 50 précité rappelle que le bien, objet de la saisie, doit être saisissable. Toute saisie portant sur un bien insaisissable est nulle. La détermination des biens et droits insaisissables est laissée, par l'Acte uniforme sur les voies d'exécution, à l'appréciation de

chaque État partie. Mais l'article 53 nous donne quelques précisions sur certaines créances insaisissables. Il peut s'agir notamment des gains et salaires des époux versés sur un compte bancaire. Selon l'appréciation de chaque État, certains biens seront déclarés insaisissables afin de laisser au débiteur saisi le minimum vital. Ces insaisissabilités légales, qui seront fondées sur la nécessité d'assurer la protection du débiteur saisi, concerneront tous les biens nécessaires à la vie quotidienne et au travail du débiteur saisi et de sa famille. Elles s'étendront ensuite aux provisions, pensions alimentaires et rémunérations du débiteur saisi. Certes, l'étude du droit à l'information et du droit à la contestation ont donné l'occasion de se rendre compte de l'ampleur des droits du débiteur vis-à-vis du créancier pour lequel la procédure d'exécution forcée a pourtant été conçue.

550. L'étude des nullités et des immunités nous permet de constater, à la fois, le caractère excessif de la protection du débiteur et la fragilisation du titre exécutoire détenu par le créancier.

§. 2 : La précarité du titre exécutoire du créancier titulaire de sûretés réelles préférentielles

551. L'analyse du système des nullités et des immunités de l'OHADA laisse apparaître qu'il s'est véritablement agi d'asseoir une politique de fragilisation du titre exécutoire du créancier pour lequel l'exécution forcée a pourtant été organisée. En effet, ce système consacre non seulement une obligation légale d'annulation de la procédure lorsqu'il y a eu violation d'une seule de ses formalités (A), mais également une politique « d'intouchabilité » de certains débiteurs (B).

A. L'obligation légale d'annulation

552. Il n'est pas aisé de connaître avec précision le nombre de fois que l'Acte uniforme portant recouvrement simplifié et voies d'exécution prescrit une formalité à peine de nullité. En dehors des procédures relatives aux saisies portant sur les créances d'aliments ou de salaires et quelques formalités en matière de saisie immobilière, on trouve, à côté des causes d'irrecevabilité, de caducité et de déchéance, une multitude de mentions dont l'inobservation entraîne la nullité. Ainsi, quatorze articles au moins renferment une série de

mentions de cette catégorie pour la seule saisie immobilière. Pour les autres procédures de recouvrements simplifiés et identiques. Au total, près de cinquante articles sur les 334 que compte l'Acte uniforme sanctionnent par la nullité, la violation d'une pléiade de mentions dites obligatoires. C'est la consécration du système des nullités de plein droit (1), qui ne manque pas d'entraîner des conséquences fâcheuses pour le créancier titulaire de garantie réelle (2).

1. La consécration des nullités de plein droit

553. Dans ce système, c'est au législateur que doit revenir le soin de déterminer les cas d'annulabilité. De la sorte, seuls seraient de nature à entraîner l'annulation d'un acte de procédure les vices pour lesquels la loi a prévu très expressément une sanction. C'est le recours au principe qui veut qu'il n'y ait « pas de nullité sans texte ». Il s'oppose à ce que le soin revienne au juge de sanctionner les irrégularités intervenues au cours de l'exécution forcée. Á une certaine époque, ce système a reçu les éloges d'une partie de la doctrine en France. Il a été particulièrement défendu par M. HEBRAUD qui y voyait un « *moyen très efficace pour assurer une pratique correcte* »⁵⁸⁶. Car il est certain que la crainte d'une nullité automatique est de nature à inciter les créanciers et les officiers ministériels à faire preuve d'une grande vigilance. Hormis quelques irrégularités visées par les articles 297 al. 1 et 2 de l'AUPRSVE portant sur les délais et les formalités des articles 254, 267 et 277 qui subordonnent respectivement la nullité du commandement à fin de saisie immobilière, du cahier des charges et des actes de publicité de la vente à la preuve d'un préjudice causé à celui qui se prévaut de leur irrégularité, le juge ne peut apprécier le bien-fondé de la nullité lorsque la sanction est expressément prévue par la loi. Il se voit ainsi réduit à un rôle accessoire, celui de « *simple distributeur automatique des nullités* »⁵⁸⁷. Pour comprendre cette position légale, il faut revenir sur l'intérêt des pays africains à créer un droit uniformisé. Afin de lutter contre l'insécurité juridique et surtout pour répondre à une préoccupation traditionnellement formulée par les investisseurs et relative aux lenteurs judiciaires et à l'inconstance des décisions de justice, l'OHADA a mis en place non seulement un système de perfectionnement des magistrats, mais également des textes simples, modernes et suffisamment harmonisés, afin de lutter contre l'arbitraire du juge.

⁵⁸⁶ V. note sous Trib. parit. de Fontenay-Le-Comte, 26 février 1948, D. 1948, p. 179.

⁵⁸⁷ V. IPANDA, «Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant recouvrement simplifié et voies d'exécution », in Revue camerounaise du droit des affaires, Janv-mars 2001.

554. C'est dans ce cadre que s'inscrit le régime des nullités, car à travers celui-ci le législateur uniforme a cru imaginer lui-même un catalogue d'irrégularités dont l'inobservation est immédiatement sanctionnée par la nullité. Il faut cependant regretter que cette sécurité juridique passe nécessairement par l'effacement du juge, car une telle hypothèse rendrait le droit totalement artificiel. On peut ainsi mesurer l'ampleur du phénomène à travers une simple illustration du répertoire d'une juridiction commerciale nationale. Alors que les décisions prononçant la nullité des actes se faisaient rares en droit commun, il est devenu courant de découvrir presque toutes les semaines une ou deux décisions prononçant des sanctions contre une violation des dispositions obligatoires de l'Acte uniforme de l'OHADA portant voies d'exécution. Certaines de ces ordonnances, bien que conformes à la lettre et à l'esprit de la législation OHADA ne manquent pas de surprendre par la légèreté de leur motivation. En effet, il n'est pas rare de s'apitoyer sur la qualité d'une décision qui annule, sur la base de l'article 59 de l'AUPRSVE, une ordonnance portant saisie conservatoire de biens meubles corporels pour défaut de précision de la nature des biens sur lesquels elle porte alors que communément le créancier ne connaît pas toujours d'avance les biens de son débiteur. Il est même des cas où l'annulation porte sur une simple erreur de frappe de l'huissier instrumentaire ou sur l'ignorance de la nature de la société débitrice. Ce qui est paradoxal, c'est que la CCJA soutienne cette position radicale. Car, dans une demande d'avis consultatif présentée à la CCJA en vertu de l'article 14 al. 2 du Traité, le président du tribunal de première instance de Libreville au Gabon demandait si le système des nullités institué par l'AUPSRVE autorisait le recours au droit commun. La CCJA lui a répondu en ces termes : « *L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution a expressément prévu que l'inobservation de certaines formalités est sanctionnée par la nullité. Toutefois, pour quelques-unes de ces formalités limitativement énumérées, cette nullité ne peut être prononcée que si l'irrégularité a eu pour effet de causer un préjudice aux intérêts de celui qui l'invoque. Hormis ces cas limitativement énumérés, le juge doit prononcer la nullité lorsqu'elle est invoquée s'il constate que la formalité prescrite n'a été observée, sans qu'il soit besoin de rechercher la preuve d'un quelconque préjudice* ». C'est oublier qu'une telle décision peut entraîner des conséquences fâcheuses pour le créancier.

2. Les conséquences néfastes pour le créancier

555. De tradition, le prononcé de la nullité aboutit à l'anéantissement total de l'acte qui en est atteint. En droit OHADA en particulier, tout se passe comme si l'acte n'a jamais existé : le créancier ou son mandataire est tenu de restituer le bien qu'il ne reprend presque jamais et de restituer le prix.

Par l'effet de l'annulation, il est permis au débiteur d'obtenir la restitution de ses biens saisis. C'est le sens de l'article 144 alinéa 3 qui déclare très expressément que « *si la saisie est déclarée nulle avant la vente, le débiteur peut demander la restitution du bien saisi s'il se trouve détenu par un tiers...* ». Des propres dispositions de la loi, il apparaît assez nettement que l'hypothèse de la restitution est celle où la nullité de la saisie intervient ou est déclarée avant la réalisation des biens saisis. Il faudrait, bien entendu, que les effets saisis aient été confiés à un tiers. Autrement dit, que le débiteur n'ait pas lui-même été constitué gardien. Dans le cas contraire, la restitution prise dans son sens étymologique qui suppose un acte matériel de remise serait en effet inconvenable. Logiquement, le bien mis sous-main de justice et rendu indisponible par ce moyen rejoindrait simplement le patrimoine du « tout-puissant débiteur ». La raison d'être de l'obligation de restituer, lorsque l'exécution entreprise est frappée de nullité, est bien connue. Il s'agit de restaurer pleinement le débiteur dans son droit de propriété dont la jouissance a pu, en quelque sorte, être hypothéquée. Alors qu'il a été privé du fructus et de l'usus, traditionnellement reconnus au propriétaire par l'effet de l'indisponibilité, il a désormais l'ensemble des pouvoirs reconnus sur une propriété. En cela, la restitution des biens se distingue de la restitution du prix.

556. Lorsque le prononcé de la nullité n'intervient qu'après la réalisation des biens par la vente publique aux enchères, il se pose alors la question de la destination du produit de cette vente. La réponse à cette question est apportée par le principe général formulé à l'article 144 alinéa 3 : « *Si la saisie est déclarée nulle après la vente, mais avant la distribution du prix, le débiteur peut demander la restitution du produit de la vente.* » Doit-on alors penser que le débiteur est privé de tout recours au cas où le prononcé de la nullité interviendrait après la distribution du prix ? La solution à cette interrogation se trouve à l'article 170 alinéa 3 d'après lequel « *Le débiteur saisi qui n'aurait pas élevé de contestation dans le délai prescrit peut agir en répétition de l'indu devant la juridiction de fond compétente selon les règles applicables à cette action* ». Dans l'ensemble, les règles qui vont présider à la restitution

seront celles qui sont applicables à cette action. Ces règles se trouvent naturellement dans le Code civil aux articles 1235, 1376 et 1377.

557. S'il est vrai que la nullité et ses conséquences fragilisent sérieusement le titre exécutoire du créancier, il n'en demeure pas moins que c'est « l'arme de l'immunité » qui est fatale, car il rend le créancier totalement impuissant face aux intouchables débiteurs qui bénéficient des prérogatives de puissance publique.

B. L'inviolabilité de la protection de certains débiteurs

558. En principe, la procédure d'exécution forcée a pour objet de contraindre le débiteur à acquitter sa dette. C'est le prolongement logique de la règle qui veut que tout débiteur, qui n'exécute pas sciemment sa dette, y soit juridiquement obligé. Mais, en droit OHADA, les personnes morales de droit public et les entreprises publiques n'y sont pas soumises, car elles bénéficient de l'immunité d'exécution⁵⁸⁸. Comment comprendre dès lors qu'un débiteur puisse être à l'abri des poursuites, surtout lorsqu'il a visiblement été de mauvaise foi ? Même si la prérogative est justifiée, qu'advient-il du titre exécutoire du créancier ?

Il convient donc de s'appesantir sur les causes ou les justifications de l'immunité dont jouissent les personnes morales (1) après quoi, nous évoquerons le sort du titre exécutoire du créancier (2).

1. Le fondement de l'immunité

559. L'immunité d'exécution des personnes publiques repose sur deux notions fondamentales: la puissance publique et l'intérêt général. La première est purement philosophique : l'État, qui détient le monopole de la contrainte, ne peut se contraindre lui-même. En effet, il serait illogique et paradoxal que l'État, qui a le monopole de la force

⁵⁸⁸ C'est une faveur dont jouissent certaines personnes en vertu desquelles leurs personnes deviennent insaisissables. Cette insaisissabilité des biens tient à la personne du débiteur et non à la nature des biens. Elle est énoncée par l'article 30 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE qui prévoit que « l'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité » ; F. M. SAWADOGO, « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », in Penant, n° 860, p. 307 et s ; D.-C. KOLONGELE EBERANDE, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », in *RJP*, n° 2, 2014, p. 147 et s ; F. ONANA ETOUNDI, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA », *RDU*, n° 000, août 2010 ; Ohadata D- 13- 55.

publique, use de cette dernière contre lui-même ou les autres personnes publiques. Dans sa contribution au colloque de l'AUPELF-UREF sur l'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone des 29-30 septembre et 1^{er} octobre 1993, le Professeur Ahmed Salem Ould BOUBOUTT, faisant écho à une argumentation de ce type, précise que la logique élémentaire postule que nul ne puisse se contraindre soi-même. La Commission de réforme de droit au Canada, à travers la plume de Monsieur MOCKLE, pousse plus loin l'analyse et soutient « *qu'il serait complètement absurde de soumettre l'État, détenteur exclusif de la puissance publique, à son propre pouvoir de contrainte... L'existence des compagnies privées assurant des services de sécurité et de gardiennage ne remet pas fondamentalement en cause ce monopole. En effet, ces services n'existent que parce que l'État le veut bien et leur fonctionnement reste tributaire de l'approbation des autorités publiques* ». Si c'est l'État qui, par ses organes de contrainte, garantit l'exécution des décisions juridictionnelles et partant l'effectivité de la justice sur le territoire national, comment imaginer que par un soudain renversement les tribunaux puissent le contraindre à leur être soumis ? Certes, il est vrai que les fonctions de gouverner, légiférer et juger ont été séparées par la mouvance des mouvements révolutionnaires du 19^e siècle, il n'en demeure pas moins que, dans la pratique, l'exécutif dispose des prérogatives spécifiques qui font de lui le véritable centre du pouvoir. La seconde est pratique : les personnes publiques ont la charge de l'intérêt général. Conçu à l'origine pour expliquer l'existence et l'autonomie du droit administratif, l'argument a eu un retentissement dans les diverses branches du droit chaque fois qu'il s'est agi de légitimer et de perpétuer les privilèges des personnes morales de droit public, en particulier l'État et de ses démembrements. De nos jours encore, le discours sert toujours d'expédient. En effet, la prééminence des personnes publiques reposant sur l'intérêt général, il faut que l'intérêt des personnes soit en dessous de l'intérêt général. Il est préférable de voir souffrir des individus, personnes isolées plutôt que le public, les intérêts privés ne pouvant supplanter les intérêts publics. On en veut pour preuve l'attitude de certains États, notamment européens, pendant la période des deux guerres mondiales. Pendant celles-ci, ils avaient dû s'endetter lourdement pour entretenir leurs armées et faire fonctionner leurs administrations. Les conflits terminés, il fallait donc désintéresser les fournisseurs. Mais grande fut leur déception d'apprendre que l'idée d'intérêt général a été mise à contribution. En effet, les biens de l'État appartenant à la collectivité, il est impensable et illogique que l'on privilégie le bonheur de quelques individus au détriment de l'intérêt général. N'ayant donc pas droit à l'exécution forcée, ils ne furent pas payés. C'est ce qui justifie l'immunité d'exécution qui, qu'on le veuille ou non, ne peut que gravement affecter le titre exécutoire.

2. Le sort du titre exécutoire

560. En raison des prérogatives dont bénéficient les personnes morales de droit public et les entreprises publiques, les créanciers de ces personnes ne peuvent compter que sur la bonne volonté de celles-ci dans l'exécution de leurs engagements. En cas d'inexécution, leurs créanciers se trouvent dans une situation le plus souvent désespérée puisqu'ils ne peuvent avoir recours aux voies d'exécution. C'est le cas d'une petite entreprise gabonaise qui a effectué des travaux de réfection sur un immeuble appartenant à la mairie de Libreville. À la suite de plusieurs significations infructueuses d'un jugement contradictoire du tribunal administratif de Libreville rendu à cet effet et devenu définitif, elle est toujours restée silencieuse au point de provoquer aujourd'hui la faillite d'un opérateur économique qui emploie plusieurs personnes. C'est un désastre et ce n'est pas un cas isolé, au regard du volume sans cesse croissant des litiges de ce genre dans la plupart des États membres.

561. Détenteurs tout de même d'un titre exécutoire, les créanciers des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques se voient dans l'obligation de recourir à la compensation (article 30, alinéa 2). Mais les conditions exigées ne sont pas des moindres. En effet, pour qu'il y ait compensation, il faut qu'il s'agisse, de part et d'autre, de créances certaines, liquides et exigibles. La mise en œuvre de cette compensation peut également être une source de difficultés. Il en sera ainsi si la personne morale de droit public ou l'entreprise publique conteste l'existence des conditions de la compensation. Dans une telle hypothèse, le créancier de la personne morale de droit public devra saisir le juge pour qu'il tranche cette contestation. Contrairement à la condamnation des personnes morales de droit public à une astreinte (solution française), la compensation proposée par l'Acte uniforme est certes une solution, mais il n'en demeure pas moins que l'application de celle-ci poserait des problèmes énormes dans la pratique, notamment quant à la forme que devra revêtir la reconnaissance par ces personnes morales de leur dette ou pour la constatation.

562. Au terme de cette étude, on peut déjà affirmer que le système OHADA des voies d'exécution n'a pas atteint son objectif: celui de protéger les droits du créancier tout en préservant ceux du débiteur, en d'autres termes, celui de créer l'équilibre entre les deux acteurs de l'exécution forcée. Comme en procédure pénale, où le délinquant semble être privilégié au détriment de la victime, le système converge vers une protection accrue du débiteur. Pendant que le créancier, pour qui il a été conçu en réaction contre les défaillances

de l'ancien, se vautre dans la précarité malgré le titre exécutoire en sa possession, le débiteur en revanche a la possibilité de faire entrave et obstruction à tout moment à la réalisation de la saisie. Il a même le droit de se voir restituer le bien saisi et de poursuivre le créancier en responsabilité civile de droit commun au cas où l'exécution lui aurait porté préjudice.

CONCLUSION DU CHAPITRE

563. Le sort des sûretés en général et principalement des sûretés réelles en particulier dans la phase critique de leur réalisation dépend étroitement des orientations législatives en matière des règles régissant le droit de l'insolvabilité ou des procédures collectives. Loin des législations qui visait à sanctionner le failli ou le débiteur insolvable, les procédures collectives tendent aujourd'hui vers une appréhension de ce dernier comme une victime de la conjoncture économique, et à ce titre il ne doit pas être frappé du sceau d'infamie⁵⁸⁹.

564. Cette donnée universelle et indiscutable est confirmée par le législateur communautaire qui fait peser sur les sûretés réelles traditionnelles de lourdes menaces quant à leur efficace réalisation.

En effet, si formellement l'AUPCAP, comme son nom l'indique vise principalement et prioritairement le désintéressement des créanciers, dans le fond et dans la pratique, le constat est tout autre⁵⁹⁰. Car les règles prévues font plus la part belle au débiteur insolvable qui souvent présente un intérêt social plus important pour le législateur que le créancier à qui on demande voire impose la patience quant au règlement de sa créance. Cette tendance est d'ailleurs loin de s'inverser, car les nouvelles provenant du projet de réforme de l'AUPCAP mettent désormais en avant, et de façon officielle la préférence du législateur pour le sauvetage prioritaire de l'entreprise débitrice.

565. Ce sort peu reluisant des sûretés réelles traditionnelles dans les procédures d'insolvabilité est pratiquement identique même lorsque le débiteur est in bonis.

L'AUPSRVE se caractérise par des règles procédurales d'exécution assorties pratiquement toutes de nullité et d'immunité qui permettent au débiteur espiègle, en dépit des garanties entourant la créance, d'user de nombreuses manœuvres dilatoires pour repousser au maximum le paiement rapide et efficace de sa dette.

⁵⁸⁹ V. G. TEBOUL, « La bonne foi et les procédures collectives », *Gaz.Pal.*, mars 2009, n° 76, p. 20 ; D. BOUSTANI, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective*, th., Nice, 2013, n°3 et 8.

⁵⁹⁰ M. KONATE, « Un grave détournement de la loi sur le règlement préventif par le juge : "le cas d'une suspension des poursuites individuelles ordonnée en violation de la loi et hors esprit du texte de l'AUPCAP de l'OHADA applicable" », *Jurifis*, édition spéciale, n° 12, octobre 2012, p. 29, *Ohadata D-13-14*. Il estime que législateur communautaire joue à un « jeu d'équilibriste » en vue de préserver des intérêts contradictoires, sauver une entreprise « viable », permettre ou faciliter son redressement, protéger les créanciers impayés et assurer leur désintéressement.

Cette situation peu réjouissante des sûretés réelles traditionnelles dans leur réalisation contraste avec celle des propriétés sûretés ou sûretés réelles nouvelles de l'AUS.

CHAPITRE 2 : La relative amélioration de l'efficacité des sûretés réelles nouvelles⁵⁹¹

566. L'efficacité des sûretés réelles dites nouvelles ou propriétés sûretés, en comparaison aux sûretés réelles classiques que sont le gage, l'hypothèque ou le nantissement, est consacrée aussi bien par l'AUS à travers l'organisation et la clarification du régime (section 1) de la propriété retenue à titre de garantie⁵⁹², que par celle de la cession ou de la transmission de la propriété à titre de garantie (section 2).

SECTION 1. Le renforcement du régime de la propriété retenue à titre de garantie

567. Le droit de propriété est un droit fondamental des ordres juridiques romano-continentaux et Anglo-saxons. Cela se traduit d'ailleurs par la valeur constitutionnelle qui lui est reconnue dans différents ordres juridiques⁵⁹³. La Cour de cassation française dans un arrêt en date du 20 mars 2002⁵⁹⁴ a opportunément condamné un empiètement de 0.5 centimètre fait sur les fonds de la demanderesse. Elle a cassé la décision des juges d'appel, qui avaient jugé cet empiètement négligeable et a précisé en se référant à l'article 545 du Code civil que « *nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique...* » en ajoutant « *peu importe la mesure de l'empiètement* », s'affichant ainsi en défenseur de ce droit.

⁵⁹¹ V. M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, n° 1207, qui désignent sous ce vocables les propriétés sûretés consacrées lors de la réforme du code civil français en 2006.

⁵⁹² Cette avancée législative laisse cependant un goût d'inachevé. En effet, Le législateur n'a « malheureusement » pas accordé au crédit-bail la qualité de sûreté. Il met ainsi fin au doute entretenue jusque là par le titre 3 de l'ancien AUDCG (acte uniforme relatif au droit commercial général) relatif à l'inscription des sûretés en ses sections 6 et 7 qui laissait penser que cette garantie prisée par la pratique, notamment les PME pouvait être considérée comme un sûreté réelle à part entière.

⁵⁹³ La constitution ivoirienne de 2000 consacre ce principe par l'intégration, dans son préambule, de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 principalement son article 17 alinéa 2 qui dispose que : « 1. Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. 2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété. V. aussi la constitution Française de 1958 qui intègre dans son préambule la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 aout 1789 et son article 17 relatif au droit de propriété.

⁵⁹⁴ V. cass. civ., 3^e ch., 20 mars 2002, JCP éd. G., 2002, Actualité, 175.

568. Dans la vie courante, comme dans celui des affaires, le droit de propriété est très souvent au centre des relations entre individus. Le droit de propriété transcende la branche du droit privé : il est une réalité de nombreuses branches du droit. Il imprègne de sa présence l'ensemble de l'ordre juridique. En outre, il s'agit d'une prérogative très importante qui trouve un intérêt tout particulier dans le cadre d'une procédure collective. Le créancier qui bénéficie du droit de propriété sur le bien objet de la créance est en situation de force. Cette « mainmise » sur le bien lui confère une situation plus que confortable. La propriété n'est-elle pas qualifiée de « reine des sûretés », et cela en raison des avantages issus de sa nature même. Les créanciers qui bénéficient du droit de propriété sur un bien lors de l'ouverture d'une procédure collective sont les créanciers garantis par une clause de réserve de propriété, un contrat de crédit-bail⁵⁹⁵, un transfert fiduciaire de somme d'argent ou encore une cession de créance⁵⁹⁶. Si ces créanciers sont tant favorisés c'est en raison de la double faculté qu'ils possèdent. Ils peuvent d'une part, reprendre le bien objet de leur contrat par le biais de l'action en revendication. Mais d'autre part, ils peuvent, dans l'hypothèse où leur contrat a été publié, exercer une action en restitution. Ces créanciers doivent néanmoins faire preuve de diligence⁵⁹⁷ et de prudence, en n'omettant pas de produire leur créance, au risque de perdre leur relatif avantage sur les autres créanciers de leur débiteur. A défaut, leur droit de propriété sera inopposable à la procédure collective et ils feront partie du lot commun des créanciers⁵⁹⁸. Pour autant, cette hypothèse n'est que résiduelle, car si l'action prospère, ses effets seront très positifs pour le propriétaire qui va pouvoir revendiquer le bien soit exercer l'action en revendication du prix de la revente.

§ 1. Des facilités accordées au créancier revendiquant

569. Les créanciers revendiquants sont largement favorisés aussi bien par la jurisprudence que par loi. Cela se traduit par une nette amélioration des conditions de forme et de fond d'exercice de leur prérogative. Par ailleurs, les effets de cette action sont très bénéfiques pour ces créanciers.

⁵⁹⁵ Le contrat de crédit-bail n'a pas été consacré comme une sûreté en droit OHADA mettant ainsi fin malheureusement aux questions sur sa nature alimentées par sa présence au sein des sûretés devant être inscrites au RCCM, tel que l'indiquait l'ancien AUDCG révisé en 2010.

⁵⁹⁶ Cession Dailly en droit français.

⁵⁹⁷ V. cass. com., 4 janvier 2000, D. 2000. p. 533, note F. Le Corre-Broly ; RJ com., 2000, p. 266, n° 156, note C. Dumesnil Rossi.

⁵⁹⁸ V. art 78 al. 3 AUPCAP.

570. Le créancier peut reprendre le bien meuble garantissant l'exécution de son contrat par le débiteur parce qu'il est titulaire d'un droit de propriété. C'est l'article 101 alinéa 2 de l'AUPCAP qui régit la procédure dite de revendication.

Tous les créanciers garantis par la propriété ne sont pas soumis à cette procédure. En effet, l'article 77 alinéa 1^{er} de l'AUS dispose que : « *à défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer* ».

Le législateur OHADA suivant en cela le Code civil français⁵⁹⁹, permet au créancier de demander à ce que son débiteur, qui ne fait pas l'objet d'une procédure d'insolvabilité, de lui remettre son bien en usant de la procédure d'injonction de délivrer prévue par l'AUPSRVE⁶⁰⁰. En droit français il existe une alternative pour les créanciers dont le contrat a été publié et qui disposent d'une voie différente. Il s'agit de la restitution, c'est-à-dire qu'ils sont dispensés de faire reconnaître leur droit de propriété. En droit OHADA, revendication et restitution doivent obéir à la même procédure⁶⁰¹. La revendication en droit OHADA a bénéficié des avancées en la matière en droit français. Cela s'est matérialisé par une amélioration (A) des conditions formelles(A) et fondamentales(B) d'exercice de ses actions dont les effets bénéfiques se constatent aussi dans l'alternative(C) offerte au créancier en cas de revente du bien en fin de procédure.

A. L'aménagement des conditions formelles d'exercice de l'action de revendication de meubles

571. Deux types de simplifications doivent être soulignés. La modification du point de départ du délai de revendication a pour conséquence un allongement du délai, mais également l'allègement de la forme de l'action.

Cette amélioration se fait ressentir à deux égards, d'une part quant à la simplification des conditions liées au délai de revendication (1)et d'autre part quant à la précision de la juridiction compétente(2).

⁵⁹⁹ V. art. 2371 C. civ.

⁶⁰⁰ V. dans ce sens Y. R. KALIEU ELONGO, « Propriété cédée ou retenue à titre de garantie », in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, n° 10 et 11, p. 1445 ; TWENGEMBO, « Injonction de payer, de délivrer ou de restituer », in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, n°6, p. 1010.

⁶⁰¹ V. art. 78, 102 et 103 AUPCAP. Égal. Art. 63-1, 101 et 101- 1 du projet de réforme de l'AUPCAP.

1. La prolongation du délai de revendication

572. L'article 101, alinéa 2, de l'AUPCAP dispose que : « *...les revendications admises par le syndic, le juge-commissaire ou la juridiction compétente doivent être exercées, à peine de forclusion, dans un délai de trois mois à compter de l'information prévue par l'article 87 alinéa 3 ci-dessus ou de la décision de justice admettant les revendications* ». Le délai de trois mois est donc d'une grande importance, dans la mesure où son dépassement expose le créancier à certaines conséquences. Cependant, il existe des exemples où l'action en revendication n'est enfermée dans aucun délai.

573. Le premier est celui où l'action en revendication a été exercée avant l'ouverture de la procédure collective. Dès lors, elle ne doit pas être à nouveau exercée. En revanche, les organes de la procédure peuvent être mis en cause sans pour autant tenir compte du délai de trois mois de l'action en revendication.

La seconde hypothèse est celle où le contrat de vente n'a pris effet qu'après l'ouverture de la procédure collective de l'acheteur⁶⁰².

Enfin, la dernière hypothèse est celle du contrat de crédit-bail qui doit obligatoirement être publié.

574. La liste exhaustive des seules exceptions au principe de la revendication exercée dans les trois mois vient d'être dressée. Il convient, désormais, d'étudier quelle a été l'évolution de ce délai ainsi que tous les éléments s'y rapportant afin de connaître précisément la situation des créanciers propriétaires.

Dans un premier temps, il faut noter que le délai a été constamment réduit. En droit français⁶⁰³, sous la législation du 13 juillet 1967, il était d'un an conformément à l'article 59 de cette loi. Ensuite, la loi du 12 mai 1980, par son article 2, l'a porté à quatre mois à partir de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective. Puis, le code de commerce, dans son article L.621-115, l'a réduit à trois mois à partir du prononcé de l'ouverture de la procédure collective. Il est certain que ce délai ne favorisait pas les créanciers propriétaires qui n'avaient que trois mois pour exercer la revendication. En outre, ils pouvaient très bien

⁶⁰² Cass. com., 16 mai 1995, JCP éd. G., 1996, I, 3896, obs. M. CABRILLAC ; D., 1996, Som. P. 214, obs., F. PÉROCHON.

⁶⁰³ La référence au droit français se justifie par le fait que l'AUPCAP est profondément inspiré des textes de 1967, 1985 et 1994 de la législation française sur les procédures collectives.

ignorer la mise en redressement judiciaire de leur débiteur. Ce qui semblait aller sérieusement à l'encontre de leur droit de propriété.

575. La réforme du 10 juin 1994 a modifié le système en fixant un nouveau point de départ. Certes le délai est identique d'un point de vue nominal, mais il commence à courir à partir de la publication du jugement d'ouverture de la procédure, ce qui le prolonge d'un point de vue pratique.

576. Le législateur OHADA est allé plus loin dans la préservation des intérêts du créancier revendiquant que son homologue français. En effet, l'article 101 de l'AUPCAP qui renvoie à l'article 87 alinéa 1 du même code offre une double possibilité au créancier d'être averti à temps ; le délai pour qu'il soit forclos ne commençant à courir que soit à compter de leur information par lettre recommandée avec accusé de réception soit à la date de publication du jugement d'ouverture de la procédure.

577. Cela est plus équitable dans la mesure où le créancier a, à présent connaissance de l'ouverture de la procédure et dispose des informations nécessaires pour revendiquer son bien. Selon les auteurs, il apparaît que cet allongement est d'un à trois mois⁶⁰⁴ dans la pratique du terrain.

Par ailleurs, le délai est le même en cas de prononcé immédiat d'une liquidation judiciaire.

En revanche, il en va différemment lorsqu'une nouvelle procédure collective est ouverte en cas d'inexécution du plan conformément aux dispositions de l'article 141 alinéa 2 de l'AUPCAP. Dans cette hypothèse, un nouveau délai de trois mois commence à courir. La règle est affirmée par un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 juin 1995⁶⁰⁵: « *Mais attendu que la Cour d'appel qui a ainsi répondu en les écartant aux conclusions invoquées, a énoncé exactement que la résolution du plan de redressement entraîne l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement judiciaire distincte et autonome à laquelle s'applique les dispositions de l'article L. 621-115 de la loi de 1985 et en a déduit à bon droit que le créancier pouvait dans le délai de trois mois du prononcé du jugement ouvrant cette nouvelle procédure, exercer une action en revendication sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il avait exercé cette action en revendication lors de la première procédure* ».

⁶⁰⁴ V. A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Étude à la lumière du droit français*, préf., M.- H. MONSÉRIÉ-BON, L'harmattan, 2009, n° 319.

⁶⁰⁵ Cass. com., 20 juin 1995, Rev. proc. coll., 1995, p. 482, n° 21, obs., B. SOINNE.

Cette décision très favorable aux créanciers a amené un auteur à s'interroger sur le fait que la Cour de cassation prenne l'initiative de consacrer une solution qui aboutit à « *la résurrection des droits du revendiquant* »⁶⁰⁶. La Cour a confirmé sa position dans une décision en date du 27 mai 1997⁶⁰⁷. Il faut remarquer que cet arrêt a été rendu sous la législation antérieure, c'est-à-dire lorsque le point de départ était le prononcé du jugement d'ouverture en droit français. Pour autant, il semble logique que le principe soit reconduit sous l'empire de la loi actuelle qui fixe le point de départ à la date de publication du jugement d'ouverture de la procédure. De surcroît, la revendication dans la première procédure ne dispense pas le créancier de revendiquer dans la seconde procédure⁶⁰⁸.

578. En ce qui concerne le sort des contrats en cours les dispositions légales diffèrent des précédentes. L'article 108 alinéa 1^{er} de l'AUPCAP dispose que « *Le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie.* »⁶⁰⁹.

Il a été établi que depuis l'allongement du délai d'exercice de la revendication, le créancier propriétaire dispose de plus de temps pour prendre ses dispositions et mettre son action en mouvement. Ceci est logique, car la philosophie de l'AUPCAP étant de rendre aux créanciers garantis les moyens effectifs d'agir, il aurait été inconcevable de ne pas aménager le délai pour revendiquer les meubles prévus par l'ancienne législation.

579. Pourquoi tous ces errements législatifs pour fixer un délai approprié à la revendication des meubles ? Il est cohérent dans l'économie de la loi des procédures collectives qu'il ne soit pas plus long, car le juge-commissaire doit avoir une connaissance rapide de l'état patrimonial de l'entreprise afin de porter remède à une situation économique et sociale en voie de dégradation accélérée⁶¹⁰. Sur le plan des droits de la personne, il a été reconnu que ce délai de prescription était conforme à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans un arrêt en date du 8 mars 1994⁶¹¹, la Cour de cassation française pose pour principe que les dispositions de l'article L. 621-

⁶⁰⁶ V. B. SOINNE, obs. *op. cit.*

⁶⁰⁷ Cass. com., 27 mai 1997, D., aff., 1997, p. 860.

⁶⁰⁸ V. dans ce sens F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 398 et s., spéc., n° 400.

⁶⁰⁹ V. A. S. ALGADI, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives*, Étude à la lumière du droit français, *op. cit.*, n°301 et s.

⁶¹⁰ V. dans ce sens S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, *op. cit.*, n° 19 et s., n° 43 et s ; F. M. SAWADOGO, OHADA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*

⁶¹¹ Cass. com., 8 mars 1994, D., 1996, Som. p. 215, obs., F. PÉROCHON.

115(nouvel art. L. 624-9) du code de commerce ne sont pas contraires à celle de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en ce qu'il protège le droit de propriété. La conformité à la convention européenne a été réaffirmée dans une décision en date du 9 mai 1995.

L'allongement du délai de revendication des meubles ne modifie pas la nature de celui-ci. En effet, le délai de l'article 101 AUPCAP est un délai préfix. Les conséquences qui en découlent sont importantes. Un délai préfix ne peut, à la différence du délai de prescription, être susceptible ni de suspension ni d'interruption pour quelques causes que ce soit. La jurisprudence a rappelé cette règle avec constance et fermeté : elle relève plusieurs actes qui sont sans effet sur ce délai, tel que la saisine d'un juge incompetent⁶¹² ou bien une instance en référé pour obtenir la mise sous séquestre qui sera sans effet compte tenu de la nature de simple mesure conservatoire de cette demande⁶¹³.

Lorsque le délai est dépassé, en principe le créancier ne peut plus exercer la revendication des biens sur lesquels il a un droit de propriété. Il existe pourtant une casuistique qui met en évidence la clémence de certains juges vis-à-vis de créanciers forclos. En effet, ils ont jugé que pouvait s'appliquer la règle « *contra non valentent agere non curit praescriptio* ». Cela a été reconnu dans un arrêt en date du 28 juin 1994⁶¹⁴ pour une affaire régie par la loi du 13 juillet 1967 en France. Dans cette décision, la Cour de cassation a précisé « *mais attendu en premier lieu, que la cour d'appel a énoncé à bon droit que si la règle « *contra non valentent agere non curit praescriptio* » s'applique au délai d'un an ouvert à partir de la publication du jugement prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation de biens, par l'article 59 de la loi du 13 juillet 1967, dans sa rédaction antérieure à celle résultant de la loi du 12 mai 1980 et applicable en la cause, elle ne peut être invoquée que si l'action en revendication prévue par ce texte n'a pu être exercée dans le délai légal en raison d'une impossibilité absolue d'agir* ». En d'autres termes, si le revendiquant invoque une impossibilité absolue d'agir, il pourra l'opposer au délai préfix de l'article 101 de l'AUPCAP. Cette solution a toutes les chances d'être appliquée en droit OHADA vu la proximité des deux législations. Le créancier propriétaire pourra faire valoir un motif d'empêchement invincible.

Il est incontestablement rassurant pour le créancier propriétaire qui s'est retrouvé dans l'impossibilité absolue d'agir en revendication, de savoir qu'il peut écarter le caractère impératif attaché au délai préfix en invoquant une raison valable. Mais pour emporter la

⁶¹² Cass. com., 28 juin 1988, Rev. dr. bancaire et bourse, 1988, p. 207, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

⁶¹³ Cass. com., 13 juin 1989, Bull. civ. IV, n° 190.

⁶¹⁴ Cass. com., 28 juin 1994, D., 1996, Som. p. 216, obs. F. PÉROCHON.

conviction des juges quant à la validité de l'impossibilité absolue d'agir invoquée, le créancier ne dispose d'aucune définition. Il peut vraisemblablement se référer à celle de la force majeure⁶¹⁵. D'ailleurs, les hauts magistrats français, le 2 mars 1999⁶¹⁶, ont refusé d'appliquer cette exception à un crédit-bailleur. D'après la Cour, l'ignorance que le créancier propriétaire alléguait à propos de la liquidation judiciaire du débiteur et la mise en vente de ses actifs pour justifier une impossibilité absolue d'agir en revendication de meubles dans le délai préfix, ne constitue en aucune manière un élément pour retenir la règle *contra non valentem*.

Les créanciers propriétaires doivent revendiquer dans les trois mois, quelle que soit la nature de leur bien. La nature juridique n'influe en rien sur le délai de revendication de meubles. Une décision en date du 21 novembre 1995⁶¹⁷ a déterminé que l'obligation de revendiquer dans le délai de trois mois n'était pas limitée aux seuls meubles corporels et qu'en conséquence, elle s'appliquait aux meubles incorporels. Dès lors, ce principe a un caractère très général, tous les créanciers propriétaires, quelle que soit la nature juridique de leur bien, devront revendiquer dans les trois mois.

La sanction du non-respect est sévère : le vendeur ne peut opposer son droit de propriété à la procédure collective, ce qui a pour conséquence de faire rentrer le bien dans le gage commun des créanciers. Partant, les organes de la procédure pourront en disposer librement sans tenir compte de ce droit de propriété sur le bien⁶¹⁸ ; c'est une solution constante en jurisprudence⁶¹⁹. La Cour de cassation française dénie cependant toujours à la forclusion la qualité d'un mode d'acquisition de la propriété. Certes, le droit de propriété est inopposable à la procédure, pour autant cela n'a pas pour conséquence de transférer la propriété du bien au débiteur. Le créancier reste toujours titulaire du droit de propriété, mais il perd l'exercice de la garantie qui lui est inhérente.

La sanction n'annihile pas la permanence de la propriété, ce qui signifie que le créancier peut agir en dehors de cette procédure. Il pourra agir dans le cadre d'ouverture d'une nouvelle procédure, dans l'hypothèse de la résolution du plan de continuation. Il pourra aussi agir en cas de clôture de la procédure pour extinction de passif si, bien sûr, le bien n'a pas été revendu.

Il faut considérer que le créancier propriétaire est toujours cocontractant ; par conséquent, les prestations qui lui sont dues après l'ouverture de la procédure collective

⁶¹⁵ V. dans ce sens, S. ZEPI, *op. cit.*, n° 990.

⁶¹⁶ Cass. com., 2 mars 1999, *RJDA*, 5/99, n° 578.

⁶¹⁷ Cass. com., 21 nov. 1995, *Bull. civ. IV*, n° 266 ; *Dr. et patr.*, avr. 1996, 1296, obs. M.-H. MONSÈRIÉ-BON.

⁶¹⁸ Cass. com., 23 mai 1995, *D.*, 1996 *Som.* p. 216, obs. F. PÉROCHON.

⁶¹⁹ Cass. com., 4 janv. 2000, *Bull. civ.*, IV, n°4.

bénéficieront de l'article 107 de l'AUPCAP tant que le contrat continue. En revanche, dans l'hypothèse où son contrat serait résilié, le créancier cocontractant propriétaire peut être admis au passif pour le montant de son indemnité et pour la valeur résiduelle du matériel⁶²⁰.

Mais cette position de créancier postérieur et contre la masse qui acquiert par application de l'article 117 ne lui est en rien très favorable par comparaison à la situation des créanciers postérieurs en droit français⁶²¹. En effet, le classement des créanciers pour la distribution des deniers provenant d'un bien du débiteur tel qu'effectué par les articles 166 et 167 ne leur confère pas une véritable priorité. Ils viennent après les créanciers antérieurs titulaires de sûretés spéciales et avant les créanciers titulaires de privilèges généraux.

Les juges se montrent généralement très attentifs au respect du délai préfix pour revendiquer les meubles et ils restent stricts face aux créanciers revendiquants outrepassant le délai légal. C'est pourquoi ceux-ci doivent être très vigilants et veiller à ne pas tarder à exercer l'action. Surtout depuis 1994 en France ou 1998 en droit OHADA, où une certaine faveur législative a allongé le délai pour exercer l'action en revendication : ils sont plus à même d'agir dans les temps. L'allongement du délai de la revendication participe de l'apparente bienveillance envers les créanciers qui caractérise ces réformes. Les créanciers propriétaires disposent de plus en plus de temps pour agir en revendication. À cette première amélioration de leur sort s'ajoute un autre qui est la simplification de la forme de l'action en revendication de meubles.

2. La précision de la juridiction compétente

580. Le contentieux de la forme de l'action est relatif à la juridiction compétente pour connaître de l'action en revendication. Il s'agit d'un contentieux important⁶²².

À ce niveau, l'Acte uniforme est resté assez évasif sur la question. Le législateur ne se contentant que de mentionner que la revendication doit être exercée devant la juridiction compétente.

⁶²⁰ Cass. com., 3 févr. 1998, JCP éd. G., 1998, IV, 1681.

⁶²¹ V. art L. 622.17 issue de la loi du 26 juillet 2005 abrogé par l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, article 29.

⁶²² C. DELAGE, « Là où les juridictions compétentes en matière de revendication du vendeur excipant une clause de réserve de propriété », in Rev. huiss., 15 nov. 1991, p. 1037.

581. Par ailleurs, à la différence du droit français, aucune dispense n'est accordée au créancier revendiquant quant à l'obligation de revendication.

Sous les législations antérieures applicables en matière de procédures collectives dans la majeure partie des États de l'OHADA telles qu'héritées du droit français⁶²³, le créancier revendiquant avait le choix entre trois juridictions⁶²⁴. Il pouvait agir, soit devant le juge-commissaire, soit devant le tribunal compétent pour connaître de la procédure collective, soit devant le juge des référés. La loi du 13 juillet 1967, tout autant que la loi du 25 janvier 1985, n'avait pas précisé quelle était la juridiction compétente pour connaître de l'action en revendication de meubles. C'est ce qui explique l'existence de compétences concurrentes.

La jurisprudence, sous la loi du 25 janvier 1985, a tenté de clarifier la situation. Elle a décidé : que le juge des référés ne pouvait plus être compétent pour connaître de l'action⁶²⁵. Par la décision du 9 juillet 1991, la haute juridiction met un point final aux controverses doctrinales. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 2 novembre 1988⁶²⁶ avait statué dans le même sens. En revanche, la Cour d'appel de Nancy avait tranché le 5 octobre 1988⁶²⁷ pour la solution inverse.

⁶²³ Dans la plupart des États africains membres de l'OHADA, comme le Bénin, le Cameroun, le Congo, la Côte d'Ivoire, la Guinée, le Niger, le Tchad, le Togo, la législation applicable, quelque peu éparpillée, était composée principalement du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondu par la loi du 28 mai 1838 ; de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire; des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935. Seuls quelques États avaient réformé leur droit des procédures collectives ou prévoient de le faire. À titre d'exemples, le Sénégal (articles 927 à 1077 du Code des obligations civiles et commerciales résultant de la loi n° 76-60 du 12 juin 1976, loi complétée par le décret d'application n° 76-781 du 23 juin 1976) et le Mali (articles 173 à 315 du Code de commerce, objet de la loi 86-13 AN-RM du 21 mars 1986) ont reproduit purement et simplement la loi française du 13 juillet 1967. Le Gabon a repris, dans les lois n° 786 et 886 du 4 août 1986, l'esprit des réformes françaises des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985. La République Centrafricaine a institué une procédure de suspension des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises d'intérêt national en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, sur le modèle de l'ordonnance française du 23 septembre 1967. Le Cameroun, dans un avant-projet de 213 articles, intègre, dans un même texte, les solutions françaises: la prévention des difficultés des sociétés (articles 7 à 16) ; le règlement amiable (articles 17 à 22) ; le règlement judiciaire, la liquidation des biens et la faillite personnelle (articles 23 à 213). Le Bénin, dans un avant-projet de 226 articles (articles 701 à 926 du Code de commerce) procède à peu près de la même façon que le Cameroun.

⁶²⁴ V. dans ce sens F. M. SAWADOGO, Formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina Faso sur le droit des entreprises en difficulté du 08 au 19 février 2010, p. 13 et s. ; v. aussi, D. ABARCHI, Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique, th., Orléans, 1990, 539 p., comprenant des annexes relatives aux textes applicables et à la jurisprudence ; A. AGGREY., Guide de la faillite, Juris-Éditions, éditions juridiques de Côte d'Ivoire, 1989 (plusieurs fascicules) ; R. BARRE. et E. SCHAEFFER (sous la direction de), Droit des entreprises en difficulté, Actes du congrès de l'Institut international des droits d'expression et d'inspiration françaises tenu au Gabon, Bruylant, Bruxelles, 1991. Cet ouvrage traite du droit des États africains suivants: Bénin, Cameroun, Congo, Gabon, Madagascar, Mali, République Centrafricaine, Sénégal; C. KOUASSI, Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, études juridiques et formulaires, éditions SOCOGEC, Abidjan, Collection espace entreprise, 1987 ; M. POCANAM, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », in Penant, n° 812, mai à septembre 1993, p. 189 à 130; Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo?, 1994, dactylographiée, 41 pages.

⁶²⁵ Cass. com., 9 juill. 1991, Bull. civ., IV, n° 252 ; JCP éd. E., 1991, I, 102, n° 9, obs. Ph. PÉTEL.

⁶²⁶ CA Aix-en-Provence, 23 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, I, 279, note P. Latil.

⁶²⁷ CA Nancy, 5 oct. 1988, Rev. proc. coll. 1989, p. 501, obs. B. SOINNE.

La Cour de cassation opère un revirement de jurisprudence par rapport à la loi du 13 juillet 1967. Sous cette législation, elle avait décidé que le juge des référés était compétent « *dès lors que l'état de la procédure collective n'exerçait aucune influence sur la contestation* »⁶²⁸ et si la validité de la clause de réserve de propriété n'était pas sérieusement contestable⁶²⁹.

Par la suite, la solution du 9 juillet 1991 a été confirmée⁶³⁰, ce qui permet d'exclure sans équivoque la compétence des juges des référés.

Pour certains auteurs,⁶³¹ l'exclusion des juges des référés en matière d'action en revendication de meubles se justifie aisément pour deux raisons. D'une part, le créancier devant le juge des référés risquerait de se voir opposer une contestation sérieuse, ce qui aboutirait à exclure la compétence de la juridiction saisie. Par conséquent, le revendiquant qui devrait exercer l'action devant une autre juridiction, celle-ci compétente, risque fort d'arriver après le délai de trois mois. D'autre part, l'incompétence du juge des référés évite une dispersion du contentieux de la revendication de meubles. Dans le même sens, il était parfois relevé que l'article 25, alinéa 2, du décret du 27 décembre 1987 précisant que « *le juge-commissaire n'a pas statué dans un délai raisonnable, le tribunal peut se saisir d'office ou être saisi à la demande d'une partie* », le tribunal ne pouvait être saisi directement sauf en cas d'inaction du juge-commissaire. Néanmoins, la Cour de cassation française, dans un arrêt en date du 10 juillet 1990⁶³², a considéré qu'aucun texte n'interdisait cette saisine directe. Elle a également considéré que cette saisine du juge-commissaire n'est en aucun cas un préalable à celle du tribunal⁶³³. Ainsi, sous la rédaction première de la loi du 25 janvier 1985, deux juridictions étaient compétentes pour connaître de l'action.

La loi du 10 juin 1994 en France a modifié la procédure de saisine en action de revendication de meubles. Elle a institué une action en revendication en deux temps : une procédure amiable et à défaut une procédure judiciaire. Selon un auteur, il s'agirait d'« une procédure à double détente⁶³⁴ ».

⁶²⁸ Cass. com., 7 mars 1983, D., 1984, I. R., p. 1, obs. F. DERRIDA.

⁶²⁹ Cass. com., 24 janv. 1983, Bull. civ. IV, n° 31.

⁶³⁰ Cass. com., 22 nov. 1994, Dr. sociétés, 1995, n° 6, obs. Y. CHAPUT.

⁶³¹ V. P. CROCQ, *Clause de réserve de propriété*, J.-Cl. Contrat et Distribution, Fascicule 2860, 2, 1998, n° 102 et s.

⁶³² Cass. com., 10 juill. 1990, Bull. civ., IV, n° 205.

⁶³³ Cass. com., 1^{er} oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 272, D., 1992, Som. p. 6, obs. F. DERRIDA.

⁶³⁴ A. MARTIN-SERF, « Les revendications et restitutions : questions procédurales in Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales, Colloque C.R.A.J.E.F.E, 1998, éd. Dalloz, p. 102, cité par S. ZEPI, *op. cit.*, note 1495.

582. En droit OHADA, le législateur comme nous l'avons signifié plus haut, ne s'est pas prononcé clairement sur la question. Alors dans ce cas, seul le « juge compétent » est compétent pour connaître de toute action en revendication ou restitution. En d'autres termes, le juge compétent sera soit le juge des référés, soit le juge commissaire ou le juge compétent pour connaître de la procédure collective.

L'évolution de la procédure de saisine est marquée par la simplification des conditions de forme. Les améliorations décrites s'inscrivent dans le processus général d'amélioration des conditions de l'action. Mais elles n'en sont qu'un volet, l'autre volet est relatif à la simplification des conditions de fond de l'action en revendication.

B. La simplification des conditions de fond de l'action en revendication de meubles

583. La réforme du 10 juin 1994 en France et la jurisprudence ont modifié postérieurement les conditions de fond de la revendication de meubles. Elle est de nos jours facilitée en raison de l'extension de son domaine d'application. Ces solutions ont inspiré le législateur OHADA. Ainsi, la revendication de biens retrouvés en nature dans le patrimoine de l'acheteur est beaucoup plus simple à mettre en œuvre qu'auparavant⁽¹⁾. Le système probatoire s'est également amélioré⁽²⁾ depuis l'obligation de dresser l'inventaire qui permet une identification plus aisée du bien.

1. L'assouplissement de la condition attachée aux biens en nature

584. L'action en revendication d'un bien ne peut aboutir que si les biens sont identifiables et individualisés chez l'acheteur et que les aménagements conventionnels sont impossibles⁶³⁵. Cette exigence est surtout relative au contentieux des biens fongibles. Dans un premier temps, il convient de s'intéresser à l'exigence de retrouver le bien en nature chez le débiteur. L'article 103 AUPCAP dispose que « *Peuvent être revendiquées, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises...* ». À propos de la clause de réserve de propriété, il précise en son alinéa 2 que ces biens doivent se retrouver en nature au moment de l'ouverture de la procédure collective. Cette nécessité se justifie par le fait que le vendeur ne devrait pas bénéficier du fruit du travail de l'acheteur. En outre, cette obligation implique une

⁶³⁵ Cass. com., 9 oct. 1990, Bull. civ. IV, p. 6.

exclusion des clauses de réserve de propriété prolongée », c'est-à-dire des clauses qui permettent de revendiquer la marchandise qui ne se retrouve pas en nature⁶³⁶. Pour autant, certains auteurs estiment qu'à certaines conditions la revendication reste possible⁶³⁷ même si le meuble ne se retrouve pas en nature chez le débiteur.

Afin que le bien puisse être revendiqué effectivement, il faut supposer qu'il soit entre les mains du débiteur, ou dans les mains d'un tiers. Cette analyse a été faite par la Cour de cassation française le 3 décembre 1996⁶³⁸. Elle a décidé que la revendication peut aboutir, peu importe que le bien soit détenu par le débiteur ou bien par un tiers, dès lors qu'il l'est pour son compte. De même, elle a affirmé le 28 janvier 1997⁶³⁹ que l'article L. 621-115⁶⁴⁰ du Code de commerce s'appliquait à toutes les revendications exercées par le propriétaire d'un bien, quand bien même ce bien serait prêté à titre gratuit. En revanche, il convient de signaler un arrêt de la haute juridiction en date du 14 novembre 2000⁶⁴¹ dans lequel elle revient quelque peu sur sa jurisprudence en élargissant, une fois encore le domaine de la revendication. Elle précise le sort de marchandises remises en gage à une banque, puis confiées par celle-ci à un dépositaire qui les a remis à un sous-dépositaire qui plus tard a été mis en liquidation judiciaire. Partant, le dépositaire avait revendiqué les marchandises entre les mains du sous-dépositaire, mais l'action n'avait pas pu avoir lieu, car elle était intervenue en dehors du délai. Cependant, l'intérêt de cette décision réside dans le fait que les juges ont précisé que : « *la société (...) ayant la charge, en qualité de dépositaire et par application de l'article 1915 du Code civil, de restituer en nature la chose remise, le droit de revendiquer le bien entre les mains du sous-dépositaire lui est ouvert* ». Ce qui signifie que le dépositaire, par principe non propriétaire des marchandises, peut les revendiquer alors qu'elles ne lui appartiennent pas dans le but de les restituer à leur véritable propriétaire. Certes, les juges ont rendu un arrêt surprenant, mais encore faut-il remarquer que cela va uniquement dans l'intérêt des créanciers propriétaires. Cette affaire est une illustration supplémentaire de la force reconnue par les tribunaux aux garanties fondées sur la propriété.

⁶³⁶ CA Toulouse, 27 nov. 1984, D., 1985, p. 185, obs. J. MESTRE.

⁶³⁷ V. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n° 1612 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, 9^e éd, LGDJ, 2014, n° 872, p. 554.

⁶³⁸ Cass. com., 3 déc. 1996, JCP éd., E., 1997, RJDA, 3/97, n° 421.

⁶³⁹ Cass. com., 28 janv. 1997, D. aff., 1997, p. 349.

⁶⁴⁰ Il s'agit du code commerce en vigueur avant l'ordonnance du 26 juillet 2005. Il disposait que : « la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire immédiate.

Pour les biens faisant l'objet d'un contrat en cours au jour de l'ouverture de la procédure, le délai court à partir de la résiliation ou du terme du contrat ». v. nouvel art. L. 624-9 du code de commerce tel qu'issu de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, art. 50.

⁶⁴¹ Cass. com., 14 nov. 2000, actu. Proc. coll., 2000, comm., n° 262, obs. F. X. LUCAS.

La loi exigeant que le bien revendiqué par le créancier propriétaire existe en nature chez le débiteur, dans l'hypothèse où le bien viendrait à disparaître, un problème particulier se poserait. Que se passera-t-il au regard du transfert des risques sachant que le vendeur et l'acheteur peuvent convenir librement d'un régime homogène ou non⁶⁴² ?

Il peut être convenu que les risques pèsent sur la tête du vendeur. Dans cette hypothèse, les juges ont décidé que l'acheteur, débiteur de restitution en cas de non-paiement, était tenu d'une obligation de moyens. Le vendeur doit établir que son cocontractant n'a pas conservé correctement le bien en bon père de famille⁶⁴³.

En principe, lors de la rédaction d'une clause réserve de propriété, il y a un transfert des risques pour l'acheteur, ce qui peut aboutir à différentes situations. Si la perte a lieu après le jugement d'ouverture et la revendication, l'acheteur doit être payé. Si la perte a lieu entre les deux événements, l'acheteur bénéficie de l'article 117 de l'AUPCAP. En effet, il pourra être considéré comme un créancier de la masse ou contre la masse et donc être payé en priorité malgré l'antériorité de sa créance.

En revanche, si la perte a lieu antérieurement et lorsque la marchandise était assurée, la haute juridiction a précisé que l'indemnité d'assurance est subrogée aux biens dont le vendeur est demeuré propriétaire⁶⁴⁴. Cette position est très protectrice pour le créancier revendiquant qui bénéficie ainsi de l'indemnité d'assurance par la mise en œuvre du mécanisme de la subrogation réelle⁶⁴⁵. En outre, le créancier profite d'un autre avantage au regard des nullités de la période suspecte. Dans un arrêt en date du 6 juillet 1993⁶⁴⁶, la Cour de cassation a décidé que l'indemnité d'assurance qui est subrogée au bien et n'entre pas dans le patrimoine de l'acheteur. Dès lors, on pourrait conclure que son versement n'est pas soumis aux nullités de la période suspecte⁶⁴⁷.

Dans l'hypothèse de la perte du bien, le créancier est très protégé. Un constat similaire pourra être fait dans le cas où la marchandise a été incorporée ou transformée⁶⁴⁸.

Que se passe-t-il dans l'hypothèse de la transformation des biens, dans la mesure où l'article 103⁶⁴⁹ AUPCAP exige qu'ils soient en l'état de nature ? Lors d'une transformation, par définition, le bien n'est plus en nature. Dans ce cas de figure, la jurisprudence différencie deux stades de la transformation.

⁶⁴² Cass. com., 1^o, 4 juill. 1995, RJDA, 12/95, n^o 1352.

⁶⁴³ Cass. com., 19 oct. 1983, Bull. civ. IV, n^o 321.

⁶⁴⁴ Cass. com., 1^{er} oct. 1985, D., 1986, I.R. p. 169, obs. F. DERRIDA.

⁶⁴⁵ V. art. 78 de l'AUS

⁶⁴⁶ Cass. com., 6 juill. 1993, JCP éd. E., 1994, II, n^o 549, obs. C. LARROUMET.

⁶⁴⁷ V. dans ce sens A. HONORAT, obs. sous Cass. com., 6 juill. 1993, D., 1994 Som. p. 81.

⁶⁴⁸ V. F. PÉROCHON, « Les créanciers revendiquants », in LPA, 20 mai 1992, n^o 61, p. 19, n^o29 et s.

⁶⁴⁹ V. aussi art. 76, 77 et 78 de l'AUS

Le premier stade est celui où la transformation est totale ou irréversible et la marchandise n'est plus du tout en nature. Par exemple, les juges ont considéré que ne pourront plus être revendiqués les biens vendus sous clause de réserve de propriété à partir desquels a été créé un nouveau produit et tel sera le cas d'un fil tricoté⁶⁵⁰, ou bien de l'or qui a servi pour fabriquer un bijou⁶⁵¹ ou bien encore des bovins qui ont été abattus et découpés⁶⁵².

Dans l'autre stade, la transformation n'est pas allée assez loin pour dénaturer la marchandise de façon irréversible. C'est le cas lorsque le bien n'a pas encore été utilisé, la marchandise est considérée en nature, comme l'hypothèse du bois étuvé et tronçonné⁶⁵³, du fil teint et prêt à tisser⁶⁵⁴ ou bien encore d'une façon générale, de tous les produits stockés⁶⁵⁵.

Cette faculté de revendication sera également recevable si la marchandise stockée prenait une grande plus-value due à la fluctuation de son cours⁶⁵⁶.

Pour la Cour de cassation française, la revendication est possible bien que les marchandises aient été quelque peu modifiées ; dès lors que la qualité essentielle du bien n'a pas été atteinte⁶⁵⁷. D'une manière générale, les juridictions se montrent clémentes et indulgentes au regard de cette action. Elles consacrent la suprématie du droit de propriété en matière de transformation du bien et elles appliquent la même politique en matière d'incorporation de la marchandise.

Il arrive que le bien vendu avec clause de réserve de propriété ait été incorporé à un autre bien, la revendication peut alors être difficile si la différenciation du bien est impossible. La haute juridiction française a toujours été à toutes les époques défenderesse du droit de propriété avec plus ou moins de vigueur et c'est pourquoi elle a facilité la revendication de biens incorporés. Tout d'abord, les juges étaient très stricts sur le principe de l'état en nature des biens et n'acceptaient pas leur revendication s'ils étaient incorporés⁶⁵⁸. Les conseillers de la Cour d'appel de Paris sont allés assez loin en jugeant que la revendication était impossible, car même en l'absence de détérioration lors du retrait du bien incorporé pour autant le bien

⁶⁵⁰ CA Toulouse, 27 nov. 1984, D., 1985, p. 185, note J. MESTRE.

⁶⁵¹ Trib. com., Paris, 7 déc. 1993, Gaz. Pal. 1994, 2, Som. p. 469.

⁶⁵² Cass. com., 22 mars 1994, D., 1996, Som. p. 219, obs. F. PÉROCHON.

⁶⁵³ Cass. com., 17 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 166.

⁶⁵⁴ Cass. com., 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 73.

⁶⁵⁵ CA Paris, 25 oct. 1983, D., 1984, I.R. p. 234.

⁶⁵⁶ C'est le cas par exemple d'un stock de Cacao ou de produit hévéicole.

⁶⁵⁷ V. S. ZEPI, *op. cit.*, n°1026 qui estime que : « Cette appréciation souveraine des juges est aléatoire et aucune décision de la cour de cassation ne tranchera nettement un problème qui est une affaire qui relève de la morale. L'étude sera au cas par cas pour les juges du fond, ce qui pourra être une source d'incertitude pour les créanciers revendiquants ».

⁶⁵⁸ Trib. com. Paris, 1^{er} juill. 1981, *RJ com.*, 1981, p. 379, note J. MESTRE.

subirait une dépréciation⁶⁵⁹. D'une certaine manière, dans cet arrêt, les juges favorisaient l'acheteur au détriment du vendeur, ce qui paraissait pour le moins paradoxal. La Cour de cassation avait d'ailleurs confirmé cette jurisprudence et avait fait preuve d'une plus grande sévérité encore. Dans une décision en date du 6 janvier 1987⁶⁶⁰, la chambre commerciale a refusé la revendication à propos d'un matériel de séchage de pâte à papier, car le séchoir était rattaché à des éléments immobiliers spécialement édifiés pour le recevoir. En outre, la revendication était impossible pour des revêtements imbriqués à une ligne de sciage à laquelle ils étaient attachés,⁶⁶¹ car les marchandises n'existaient plus en nature au sens de l'article L. 624-12(anc. Art.621-122) du Code de commerce. La revendication avait pourtant été admise plus facilement dans d'autres espèces. Par exemple, la cour d'appel de Paris, le 2 décembre 1986⁶⁶², a admis l'action en revendication pour un ventilo-convecteur, élément essentiel du système de chauffage d'un immeuble, mis dans un faux plafond avec l'installation sanitaire.

585. La jurisprudence qui admettait la revendication de marchandises incorporées a ouvert des possibilités de plus en plus intéressantes pour le vendeur. Ce fut particulièrement relevé par la Cour de cassation française dans une décision relative à des moteurs de bateaux. Dans un arrêt du 15 mars 1994⁶⁶³, la Cour de cassation a admis la revendication de moteurs de bateaux, car ils pouvaient être démontés sans provoquer d'endommagements. La Cour effectuait donc une différence entre le matériel devenu « définitivement et irrémédiablement indissociable » et le matériel dissociable.

La Cour de cassation française avait déjà amorcé l'assouplissement de la jurisprudence dans l'hypothèse de la revendication de biens incorporés. Le législateur OHADA est venu cristalliser cette jurisprudence dans l'article 76 alinéa 1 de l'AUS. Cet article dispose que « *l'incorporation d'un meuble faisant l'objet d'une réserve de propriété à un autre bien ne fait pas obstacle aux droits du créancier lorsque ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage* ».

La revendication des biens mobiliers en sort grandement facilitée.

Le législateur, dans l'article 76 AUS, consacre ce droit de propriété comme valeur suprême. Mais une zone d'ombre demeure. Dans cet article, il est question d'un bien meuble incorporé dans un autre bien meuble, mais que se passe-t-il dans l'hypothèse de l'incorporation du bien

⁶⁵⁹ CA Paris, 26 oct. 1983, D., 1984, I.R. p. 234.

⁶⁶⁰ Cass. com., 6 janv. 1987, JCP éd. E., 1987, I, p. 315, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

⁶⁶¹ Cass. com., 10 juill. 1990, D., 1990, I. R. p. 192.

⁶⁶² CA Paris, 2 déc., 1986, BRDA, 1987, p. 13.

⁶⁶³ Cass. com., 15 mars 1994, Rev. proc. coll., 1994, p. 405, obs. B. SOINNE.

meuble dans un bien immeuble ? C'est dans ce cas que le droit de propriété peut être atteint. Dans certaines circonstances, il peut advenir que le bien meuble soit devenu immeuble par la théorie de l'accessoire. Dès lors, la revendication devient impossible⁶⁶⁴. Solution qui a été confirmée par la suite⁶⁶⁵. Dans cette décision de la haute juridiction en date du 2 mars 1999, les magistrats ont tranché à nouveau dans le sens que les biens en question avaient été incorporés à l'immeuble et que, dès lors, ils n'existaient plus en nature et ne pouvaient plus faire l'objet d'une action en revendication.

La lettre de la loi n'édicte que la dénaturation du bien meuble s'oppose à la recevabilité de l'action en revendication introduite par le créancier titulaire d'une garantie propriété. Il en va de même si le bien meuble change de catégorie et devient immeuble par la théorie de l'accessoire, lorsqu'il est incorporé à un immeuble. Les possibilités de revendiquer les biens meubles sur lesquels le créancier peut invoquer un droit de propriété, bien que limitées par les contingences de la destination économique des bien qui entraînent des phénomènes d'incorporation et de transformation plus ou moins avancés restent étendues. En effet, la réforme de la revendication des biens meubles introduite en 1999 respectivement par l'AUPCAP et par l'AUS en 2010 s'avère après quelques années d'existence un régime largement protecteur des droits des créanciers propriétaires. Ce constat peut être étendu au régime de la revendication des biens fongibles.

Les biens fongibles en raison de leur nature particulière posent des problèmes d'identification, malgré cela, sur le plan des principes, rien ne justifie d'interdire leur revendication.

Les choses fongibles sont envisagées dans leur genre ou espèce et pas dans leur identité. En outre, les choses fongibles posent un problème d'une autre nature : ce sont des choses très souvent consommables. Par conséquent, elles font partie d'un long processus industriel, artisanal et agricole qui veut que les choses aillent subir certaines modifications afin d'élaborer un produit marchand. Ces choses apportent soit de l'énergie soit l'inhibition nécessaire à une fabrication.

La jurisprudence a glissé de l'obligation qui a pour objet un corps certain vers l'obligation qui a pour objet une chose de genre, ce qui démontre le passage de l'exigence d'individualisation et de différenciation vers l'exigence d'une même qualité et d'une même espèce⁶⁶⁶. C'est pourquoi, très rapidement, les juges ont accepté des actions en revendication de bien fongibles même si les critères à remplir sont plus exigeants.

⁶⁶⁴ V. cass. civ. 3°, 26 juin 1991, Bull. civ. III, n° 197.

⁶⁶⁵ Cass. com., 2 mars 1999, JCP éd. G., 1999, I, 177, n° 15, obs. Ph. PÉTEL.

⁶⁶⁶ V. art 75 de l'AUS

L'exigence de base impliquait une imparfaite et irréfutable identification du bien revendiqué. Celle-ci pouvait se faire à partir de marquages d'origine incontestables sur les emballages ou bien parce que l'emplacement réservé pour l'entreposage était spécifique et exclusivement réservé au bien fongible revendiqué. C'est ainsi que les graines entassées en vrac dans un silo ont pu être revendiquées, car la vérification des écritures comptables de la société d'ensilage a permis de démontrer qu'à la date du jugement déclaratif, les graines n'ont fait l'objet d'aucun mouvement de sortie et qu'ils n'ont été d'aucune façon modifiés⁶⁶⁷.

Pour autant, ce système était complexe et les opérations d'identification s'avéraient parfois insurmontables. Les hauts magistrats français confrontés aux difficultés de l'identification des marchandises fongibles ont adopté une conception souple de l'individualisation des biens fongibles. Par exemple, ils ont accueilli favorablement une demande de revendication de marchandises conservées en vrac sans différenciation des lots, même si elles n'ont pas une origine unique, mais que le revendiquant est le seul fournisseur⁶⁶⁸.

Le législateur OHADA tout comme son homologue français est venu consacrer cette jurisprudence. Désormais⁶⁶⁹, l'article 75 de l'AUS dispose que : « *la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ». Le revendiquant dispose d'une présomption de propriété de marchandises emmagasinées ou en dépôt, ce qui aura des conséquences au niveau probatoire. En effet, le créancier, l'expert et le tribunal vont se trouver face à cette présomption sans, pour autant, savoir s'il s'agit réellement des biens appartenant au revendiquant. Il est pour le moins curieux que la propriété de biens fongibles soit reconnue à un créancier revendiquant dont on n'est pas sûr qu'il soit le véritable propriétaire. Néanmoins, il s'agit d'une conséquence découlant de la nature originale des biens fongibles. Comment reconnaître une tonne de mil parmi plusieurs centaines de tonnes de mil ? L'exigence de la bonne marche de la procédure de revendication a suggéré cette solution.

La jurisprudence française relative à la revendication de biens fongibles après la loi du 10 juin 1994 met en évidence que les juges ont accueilli très favorablement la nouvelle

⁶⁶⁷ CA Paris, 2 oct., 1987, Rev. Banque, déc. 1987, p. 1208.

⁶⁶⁸ Cass. com., 15 déc. 1992, Bull. civ. IV, n° 412.

⁶⁶⁹ L'article L.624-16 (anc. Art. L.621-122), alinéa 3 du code de commerce dispose que « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité »

disposition. Ils ont accepté la revendication, quand bien même la rotation des stocks exclut que les biens soient ceux livrés par le revendiquant⁶⁷⁰.

Le revendiquant devra seulement démontrer que les biens retrouvés chez l'acheteur sont des biens de genre identique aux biens fournis, considérés comme juridiquement interchangeables et non individualisés. La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer à propos de produits pharmaceutiques. Ces biens fongibles interchangeables en raison de leur origine, nature, conditionnement, et marques peuvent être revendiqués par le fournisseur bien qu'il n'ait pas été le seul, car l'autre fournisseur avait été réglé et n'exerçait pas l'action⁶⁷¹. Pour autant, cette solution ne fait pas l'unanimité puisque la cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date 12 mai 2000 a estimé que les médicaments conditionnés dans des emballages portant des indications, ne pouvaient être considérés comme fongibles, car une individualisation était possible⁶⁷². Les codes-barres, les noms des laboratoires, les numéros de série, les emballages personnalisés, les codes de vignettes de sécurité sociale sont autant d'éléments qui permettent une individualisation incontestable et qui remettent en cause la présomption de fongibilité dorénavant posée. La Cour de cassation française a rapidement été appelée à trancher ce point. Dans une décision en date du 5 mars 2002⁶⁷³, elle décide que l'article L. 624-16 (anc. Art L.621-122), alinéa 3 in fine « énonce une règle de fond attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité appartenant à l'acheteur » ; cela revient à dire que ces biens fongibles, peuvent lors d'une procédure de revendication être substitués ou interchangés entre eux. Ce qui aboutit à une situation pour le moins originale : le créancier revendiquant de biens pharmaceutiques peut devenir propriétaire de biens qu'il n'a pas livrés et qui peuvent être identifiés, en raison des numéros de lots. Il devient le propriétaire de biens qui ne lui ont jamais appartenu.

La nouvelle analyse du concept de fongibilité et de sa portée consacrée par les juges écarte le besoin d'individualisation des biens contrairement à ce qui se passait ultérieurement⁶⁷⁴. Ce qui permet de dire à la suite d'un éminent auteur que « le bénéficiaire de la clause peut désormais s'approprier des biens qui ne sont pas nécessairement les siens, lorsque des marchandises de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur »⁶⁷⁵.

⁶⁷⁰ CA Paris, 3 avr. 1998, *RTD com.*, 2000, p. 180, obs. A. MARTIN-SERF.

⁶⁷¹ CA Paris, 26 juin 1998, *D. aff.*, 1998, p. 1401, obs. A. LIENHARD.

⁶⁷² CA Paris, 12 mai 2000, *RTD com.*, 2000, p. 1014, obs. A. MARTIN-SERF.

⁶⁷³ Cass. com., 5 mars 2002, *D.*, 2002, A.J., p. 1139, obs. A. LIENHARD.

⁶⁷⁴ V. F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 21 et s.

⁶⁷⁵ V. S. ZEPI, *op. cit.*, n° 1040.

Poussant le raisonnement sur la revendicabilité d'un bien fongible jusqu'à ses extrêmes, la Cour de cassation a jugé régulière la revendication d'une somme d'argent, opérant ainsi un revirement de jurisprudence⁶⁷⁶. La Cour d'appel de Paris lui a emboité le pas. Par la suite, les hauts magistrats ont quelque peu tempéré leur point de vue et ont refusé une revendication d'une somme d'argent au motif que la société revendiquante était créancière des sommes et non pas le propriétaire⁶⁷⁷.

D'ailleurs, la Cour de cassation a confirmé très récemment son opposition aux revendications de somme d'argent⁶⁷⁸ dans un arrêt en date du 22 mai 2013.

Au fil des réformes législatives et de l'évolution de la jurisprudence, il ressort une amélioration du sort des créanciers revendiquants de biens fongibles, mais cette situation n'est pas isolée. Le sort des revendiquants a subi certaines modifications qui font qu'aujourd'hui ils bénéficient d'un régime de revendication de biens meubles même fongibles, qui leur est très favorable. Un assouplissement de la condition attachée aux biens « en nature » a été relevé. Par ailleurs, un autre assouplissement existe depuis l'adoption de l'AUPCAP et qui a trait aux modalités de mise en œuvre de la charge de la preuve.

2. L'assouplissement du système probatoire de la revendication

586. Parallèlement à l'assouplissement de la recevabilité de l'action en revendication de biens meubles, le régime probatoire qui y est associé a bénéficié d'une nette amélioration, quelle que soit la classification juridique des biens, fongibles ou non fongibles. Il faut noter que la preuve en la matière est libre. Tous les moyens de preuve sont acceptés. Cela peut être des factures, des documents comptables et bien d'autres éléments, les tribunaux disposant d'un large pouvoir d'appréciation⁶⁷⁹. La haute juridiction française a même admis que le revendiquant obtienne en référé une mesure d'instruction afin de prouver que les marchandises étaient chez l'acheteur⁶⁸⁰.

La charge de la preuve pèse sur le revendiquant. Il doit justifier que les marchandises retrouvées sont l'objet de la clause de réserve de propriété⁶⁸¹. Les parties ne peuvent pas

⁶⁷⁶ Cass. com., 22 nov. 1994, RTD. Com., 1995, p. 453, obs. M. CABRILLAC.

⁶⁷⁷ Cass. com., 10 mai 2000, Bull. civ. IV, n° 98.

⁶⁷⁸ V. cass.com, 22 mai 2013, n° 11-23. 961, FS-P+B, note M. H. MONSÈRIÉ-BON, in R.D.P.C, n°5 sept-oct. 2013, n°130

⁶⁷⁹ V. cass. com., 25 oct. 1994, Rev. proc. coll., 1995, p. 205, obs. B. SOINNE.

⁶⁸⁰ V. cass. Com., 10 mai 2012, n°11-17.626, F-P+B : jurisdata n°2012-00505, note M.-H. MONSÈRIÉ-BON

⁶⁸¹ V. cass. com., 23 janv. 1996, RTD. com., 1997, p. 310, n° 13, obs. B. BOULOC.

stipuler dans leurs conventions commerciales une présomption d'identité des marchandises détenues par l'acheteur qui est soumis à la procédure collective⁶⁸².

Le vendeur va devoir démontrer qu'il a bien livré la marchandise, qu'il s'agit effectivement de celle qui se retrouve chez l'acheteur et qu'en outre elle n'appartient pas à un tiers. Il n'est pas requis qu'il identifie chaque bien. La solution serait bien trop sévère et pourrait aboutir à un paradoxe. Il suffirait que l'acheteur acquière une petite quantité de chaque marchandise identique à celles qui est revendiquée, l'y adjoindre et ainsi faire échec à la revendication. Une preuve totale n'est donc pas requise, ce qui est en faveur du revendiquant. Par conséquent, à propos de la revendication de fuel, l'action sera accueillie en l'absence de nouvelle livraison de ce bien⁶⁸³. Dans le même sens, il importe peu que le vendeur n'ait pas l'exclusivité⁶⁸⁴.

587. Ainsi, un premier assouplissement a pu être constaté puisque les tribunaux en France sont assez compréhensifs pour accueillir les moyens de preuve les plus divers. Ils se montrent également très souples en ce qui concerne l'inventaire des biens en nature et la présomption de propriété de marchandises entre les mains du débiteur.

588. Antérieurement à l'AUPCAP, il était fait obligation⁶⁸⁵ au syndic de dresser l'inventaire des marchandises en nature entreposées chez le failli au jour du jugement d'ouverture. En principe, seul cet inventaire permettait de prouver qu'il existait des biens en nature pris dans la faillite. Or l'obligation d'inventaire n'était pas toujours correctement exécutée. Les juges étaient très favorables aux créanciers revendiquants qui auraient eu à subir les carences du syndic. Si l'inventaire n'avait pas été dressé ou mal rédigé et que, dès lors, il y avait une impossibilité de prouver l'existence en nature des biens, la revendication était accueillie⁶⁸⁶. Ce raisonnement a radicalement changé le système probatoire puisqu'il induisait un renversement de la charge de la preuve. C'est désormais le syndic qui en cas de litige devait prouver l'existence en nature des biens objet de l'action⁶⁸⁷.

La loi du 25 janvier 1985 en France est venue rendre cet inventaire facultatif pour le juge-commissaire. Par conséquent, le vendeur revendiquant devrait toujours rapporter la preuve puisque la règle : *actori incumbit probatio* était réactivée par la loi. Quant à la

⁶⁸² V. cass. com., 9 janv. 1990, RTD civ., 1991, p. 766, obs. F. ZENATI.

⁶⁸³ Cass. com., 3 juin 1986, Bull. civ. IV, n° 114.

⁶⁸⁴ Cass. com., 5 oct. 199, Rev. proc. coll., 1993, p. 563, obs. B. SOINNE.

⁶⁸⁵ V. dans ce sens L'article 8 de la loi du 13 juillet 1967 et l'article 35 du décret 22 décembre 1967 en France.

⁶⁸⁶ Cass. com., 29 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 105.

⁶⁸⁷ Cass. com., 6 mai 1986, D., 1988, Som. p. 9, obs. F. DERRIDA.

constitution de l'inventaire, elle était laissée à la seule appréciation du juge-commissaire⁶⁸⁸. L'administrateur y procédait conformément à l'article 51 du décret du 27 décembre 1985, mais il ne pouvait pas en prendre l'initiative.

Le fardeau probatoire pesait sur le vendeur en l'absence d'inventaire ou même dans l'hypothèse où celui-ci était imprécis⁶⁸⁹. La preuve devait être rapportée par le revendiquant au jour du jugement d'ouverture⁶⁹⁰. Mais lorsque le créancier se retrouvait dans l'impossibilité naturelle, du fait des organes de la procédure, de pouvoir exciper d'une justification de l'existence des biens en nature entre les mains du débiteur le jour de l'ouverture de la procédure collective, les juridictions se montraient moins exigeantes. Elles étaient plutôt enclines à relever une faute d'un des organes de la procédure qui privait le créancier de l'exercice d'un droit. C'est ainsi qu'une décision en date du 13 avril 1999⁶⁹¹ était venue sanctionner l'administrateur. Ce dernier avait refusé de transmettre l'inventaire au créancier revendiquant qu'il lui en avait fait la demande. Statuant sur le litige, les juges ont pris motif de ce refus de communication de l'inventaire pour admettre la demande en revendication sanctionnant la mauvaise volonté du mandataire. En l'espèce, à titre de preuve, la revendication a été admise sur la seule production du bon de commande et de livraison.

Cette jurisprudence de la haute juridiction permet de considérer que, s'il n'y a pas de renversement du fardeau probatoire explicite, il y a tout au moins un allègement de la charge de la preuve. La solution va dans le sens d'une protection accrue du vendeur ; et elle présageait de la réforme qui allait suivre en juin 1994⁶⁹².

589. La réintégration de l'inventaire dans la liste des mesures ordonnées en cas d'ouverture de la procédure collective en droit français fait dire à certains auteurs que « la jurisprudence anciennement en vigueur sous la législation d'avant 1985 va très certainement être réactivée »⁶⁹³ sûrement en ce qu'elle était plus conciliante avec le créancier revendiquant. Même si cela n'a pas été repris en droit OHADA, un rapprochement avec le droit français notamment, l'article L. 622-6 in fine, du Code de commerce qui dispose que « *l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou restitution* »

⁶⁸⁸ Cass. com., 9 avr. 1991, Bull. civ., IV, n° 130.

⁶⁸⁹ V. cass. com., 26 juin 2001, Actu. Proc. coll., 21 sept. 2001, n° 182.

⁶⁹⁰ Cass. com., 8 juin 1993, Rev. huiss., 1993, p. 202, obs. D. VIDAL.

⁶⁹¹ Cass. com., 13 avr. 1999, JCP éd. G., 1999, I, 177, obs. M. CABRILLAC.

⁶⁹² La réforme de l'article 27, devenu L. 621-18 du code de commerce, tel qu'issu de la réforme du 10 juin 1994, rend à nouveau l'inventaire obligatoire. Il dispose qu' : « il est procédé à l'inventaire de l'entreprise dès l'ouverture de la procédure ».

⁶⁹³ V. S. ZEPI, *op. cit.*, p. 428.

montre que la portée de l'acte d'inventaire est très réduite en ce qu'elle concerne la procédure de revendication de meubles. Par conséquent, il va incontestablement en découler une grande faveur des juges pour les revendiquants qui sont confrontés soit à l'absence d'inventaire soit à l'imprécision et aux lacunes de celui-ci.

590. Le renouveau de l'inventaire offre de nouvelles perspectives aux créanciers propriétaires revendiquant un bien meuble non fongible qui obtiendront certainement la même clémence que sous la législation française du 13 juillet 1967. Le résultat sera-t-il identique en ce qui concerne la charge de la preuve de l'existence en nature, au jour de l'ouverture de la procédure collective des biens fongibles revendiqués.

591. Le législateur a également envisagé l'amélioration des conditions de preuve de l'existence en nature d'un bien fongible, au jour de l'ouverture de la procédure collective. Il a mis à la disposition des créanciers propriétaires revendiquants, une présomption d'existence qu'il tire du troisième alinéa de l'article 75 de l'AUS, ainsi rédigé : « *la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsqu'ils se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité* ». Il s'ensuit que le vendeur est présumé propriétaire des biens entre les mains du débiteur, identiques à ceux vendus avec une clause de réserve de propriété.

Tout d'abord, il s'agit d'une présomption simple, c'est-à-dire qu'elle pourra céder devant la preuve contraire. Si un revendiquant parvient à identifier avec certitude ses biens alors que d'autres vendeurs ont agi en revendication, c'est lui qui verra son action aboutir. C'est pourquoi il faut inciter les vendeurs à tenter d'individualiser leurs biens lors de la vente par exemple en les étiquetant dans la mesure du possible. Il y a une prévalence logique de la réalité sur la présomption.

592. Lorsque différentes actions en revendications sur les mêmes biens sont exercées et que la quantité est insuffisante à désintéresser tous les créanciers, qui privilégier ? Quelle orientation suivre ? Par exemple l'hypothèse où coexistent les actions de plusieurs fournisseurs de fioul domestique en qualité de créanciers propriétaires revendiquants, auprès d'un dépôt d'hydrocarbures. Le fioul est conservé en cuves de 200000 litres. Il reste 120000 litres pour 1500000 litres livrés par oléoduc. Trois fournisseurs revendiquent le bien, chacun ayant fourni 50000 litres. Le dépôt est en procédure collective. Dans cette espèce, il est impossible pour chaque revendiquant d'identifier sa marchandise. Y a-t-il application du

principe du prix de la course ? N'est-il pas plutôt probable que le tribunal décide d'une revendication au prorata des quantités fournies imputables sur le stock restant. En outre, abstraction d'éventuels recours envers les conservateurs finaux pour les quantités déjà vendues et qui ne sont pas payés. Le revendiquant peut-il revendiquer des quantités de fioul actuellement en route, que le gestionnaire du dépôt d'hydrocarbures aurait achetées et payées par lettre de crédit irrévocable et consignation des fonds en compte bloqué ?

Deux solutions sont proposées : le principe du prix de la course ou la répartition proportionnelle. Un auteur prône l'application du prix de la course⁶⁹⁴. Cette application semble logique, le droit des procédures collectives se doit d'être rapide, alors il paraît préférable de favoriser les créanciers les plus diligents et les plus rapides. Il convient de laisser aux créanciers moins diligents une porte de sortie : la faculté d'exercer une tierce opposition à l'encontre de la décision admettant l'action du premier revendiquant. Cependant la tierce opposition obéissant au régime de l'opposition en ce qui concerne les ordonnances du juge-commissaire, elle devra être faite dans les huit jours du dépôt de l'ordonnance au greffe.

593. Le droit OHADA, au regard de l'article 75 de l'AUS, a opté pour une répartition des biens au prorata des sommes dues en cas de pluralité de revendiquants nonobstant la date de publication de chacune des clauses de réserve de propriété. Cette position soutenue par certains auteurs⁶⁹⁵ nous laisse perplexes quant à l'exigence faite au créancier de publier son droit au RCCM si sa diligence ne lui confère en fin de compte aucun privilège face à d'autres créanciers notamment réservataires comme lui.

S'il y a revente avant le jugement d'ouverture des biens fongibles, il ne peut y avoir revendication de la créance. En revanche, si la revendication a lieu après le jugement d'ouverture, la revendication doit soit être payée après le jugement d'ouverture ou bénéficier de l'article 117 de l'AUPCAP.

594. Il vient d'être mis en lumière que l'évolution de la procédure de revendication des biens meubles aboutit à un résultat unique, les conditions de fond de l'action en revendication sont simplifiées. Le même constat a été dressé propos des conditions de forme. L'enseignement général de l'analyse fait ressortir de façon évidente la grande amélioration des conditions d'exercice de l'action. Pour les créanciers reçus dans leur revendication de

⁶⁹⁴ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, Litec, 2^e éd., 1995, n° 1942.

⁶⁹⁵ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. op. cit., p.172.

biens meubles en nature entre les mains du débiteur, preuve est faite que l'action en revendication est efficace et que ses effets s'avèrent très favorables.

C. L'alternative à la reprise du bien, la revendication du prix de revente

595. L'intérêt de l'action en revendication est que le véritable propriétaire peut reprendre en nature le bien. Néanmoins, il arrive que cette reprise soit impossible et c'est le cas lorsque le bien a été revendu. Dès lors que, le sous-acquéreur qui a acheté le bien au cocontractant initial, le débiteur en redressement judiciaire, se voit attrait par une action en revendication. Pour autant, il bénéficie de la protection de l'article 2279⁶⁹⁶ du Code civil qui dispose que:« en fait de meubles, possession vaut titre» et qui lui offre une garantie importante. La pratique judiciaire a donné une force importante dans la mesure où il fallait tenir compte de la sécurité des transactions mobilières rapides et informelles par les acquéreurs et éviter ainsi une revendication intempestive, tous azimuts. Cette garantie est si importante que la Cour de cassation a reconnu le 14 octobre 1997⁶⁹⁷ que le sous-acquéreur de bonne foi pouvait opposer son droit de propriété au crédit-bailleur malgré l'accomplissement des formalités de publicité par ce dernier. Cependant, il n'était pas concevable de laisser le créancier requérant, demeuré propriétaire, dans l'impossibilité d'être indemnisé. Voilà pourquoi de la confrontation de l'article 2279 du Code civil et de l'action en revendication est né l'article 78 de l'AUS. Cet article permet de revendiquer le prix de revente. Le législateur et les juges désirant protéger tant que possible le sous-acquéreur de bonne foi qui a acheté le bien sans fraude. Pour autant, il se peut que le sous-acquéreur ait déjà réglé la totalité du prix et il serait illogique de lui faire payer deux fois, d'où une action possible contre le débiteur. Par ailleurs, il importe peu que le sous-acquéreur soit lié au débiteur par un contrat d'entreprise⁶⁹⁸. En ce qui concerne les formes de l'action, il est préférable que le revendiquant agisse dans les mêmes formes que pour la revendication des biens afin d'éviter les aléas de la procédure collective, même si la Cour de cassation française a renforcé les droits des revendiquants en cas d'exercice d'une action en revendication du bien suivi d'une revendication du prix⁶⁹⁹. La Cour est venue consacrer « l'unité des actions en revendications »,

⁶⁹⁶ Article 2276 du code civil français tel qu'issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile

⁶⁹⁷ Cass. com., 14 oct. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 257.

⁶⁹⁸ Cass. com., 17 mars 1998, *D. aff.*, 1998, p. 803.

⁶⁹⁹ Cass. com., 24 nov. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 279.

en décidant que si la revendication en nature a été exercée dans le délai légal, la forclusion de l'article L. 624-9 du Code de commerce ne peut plus être opposée à l'action en revendication du prix exercé postérieurement contre le sous-acquéreur.

Par ailleurs, il convient de signaler une décision importante. En effet, dans un arrêt en date du 4 janvier 2000⁷⁰⁰, la Cour de cassation française tranche le problème de la responsabilité du mandataire judiciaire qui a revendu les biens dont la propriété était réservée. La Cour distingue deux situations : si la revente a pu avoir lieu en l'absence de revendication et si le mandataire ignorait une telle clause, il ne peut voir sa responsabilité engagée, car il n'a pas commis de faute et par conséquent, le créancier bénéficiera de l'article L. 622-17 du Code de commerce en cas de revendication postérieure.

En revanche, si le mandataire avait connaissance de la clause de réserve de propriété, il ne pouvait réaliser les actifs en cause sauf en cas d'accord du vendeur. D'ailleurs, la solution serait identique dans l'hypothèse où son ignorance serait due à sa négligence.

La seconde hypothèse à laquelle fait référence la cour est celle où la revente a lieu alors que la marchandise était revendiquée par le vendeur. Par conséquent, le créancier devient un créancier de la masse ou contre la masse⁷⁰¹. Cependant, Il faut noter que le mandataire est responsable, car il n'a pas affecté en priorité le résultat de la vente au paiement du solde du prix de la vente originelle.

En préalable à l'étude qui va suivre, il a été mis en évidence la possibilité d'une mise en cause de la responsabilité du mandataire en cas de vente du bien. L'action contre l'organe de la procédure présente une autre voie de droit pour faire prévaloir les intérêts des créanciers propriétaires. Ainsi, le créancier n'est pas dénué de tout recours. Toutefois, en l'absence de faute du mandataire, la situation du vendeur sera différente selon que la revente à lieu avant(1) ou après le jugement d'ouverture(2). C'est pourquoi l'étude de la revendication du prix de revente envisage les deux hypothèses.

1. La revente antérieure au jugement ouvrant la procédure collective

596. L'article 75 de l'AUS dispose que « *La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte* ». L'article 77 du même Acte uniforme en ses alinéas 2 et 3 ajoute que « *La valeur du bien repris est imputée, à titre de*

⁷⁰⁰ Cass. com., 4 janv. 2000, *D.*, 2000, A. J., p. 56, obs. A. LIENHARD.

⁷⁰¹ V. article 117 AUPCAP.

paiement, sur le solde de la créance garantie. Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. »

Ces dispositions permettent de revendiquer le prix ou la partie du prix de revente qui reste dû. Il s'agit, en fait, d'un report sur la créance du prix. Le droit de propriété est transféré sur la créance par le mécanisme de la subrogation réelle⁷⁰².

Cependant, comme il l'a été noté ci-dessus, il arrive que le sous-acquéreur ait déjà payé le prix au débiteur initial. C'est pourquoi deux actions sont possibles. La première sera exercée contre le débiteur (a) qui a reçu l'intégralité ou une partie du prix de vente, alors que la seconde sera exercée contre le sous-acquéreur (b) qui n'a pas encore réglé le prix du bien objet de la clause de réserve de propriété.

a. L'action exercée contre le débiteur

597. C'est une action réelle⁷⁰³ dont l'objectif est de permettre au créancier de revendiquer la créance payée par le sous-acquéreur entre les mains du débiteur.

Il convient de noter que pour que l'action soit ouverte, il faut que le créancier ait pu bénéficier de la revendication du bien en nature conformément à l'article 103 de l'AUPCAP. En effet, il est de jurisprudence constante⁷⁰⁴ que l'action en revendication n'est plus admise lorsque les biens ne sont plus en nature et que dès lors, la revendication du bien aurait dû être rejetée.

Dans l'hypothèse de matériel monté sur une chaîne d'assemblage automatique, les juges en France ont rejeté la revendication du prix de revente⁷⁰⁵. Cette jurisprudence est assez singulière dans la mesure où la revendication des biens en nature est entendue avec plus de laxisme de la part des juridictions. Il est alors important de s'interroger sur cette solution : le revendiquant du prix sera-t-il mieux ou moins bien considéré que le revendiquant du bien ? Quelle position va prendre les juges ? Il n'y a aucune raison de favoriser l'une ou l'autre des catégories de revendiquant ; cependant, il convient de soulever le problème.

En outre, le moment à prendre en considération pour apprécier le bien est celui de la date de délivrance au sous-acquéreur et non pas le jour du jugement à l'ouverture de la procédure collective⁷⁰⁶.

⁷⁰² V. art. 78 AUS.

⁷⁰³ F. PÉROCHON, « La revendication du prix de revente », *op. cit.*, n° 4.

⁷⁰⁴ Cass. com., 3 janv. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 3 ; cass. com., 15 déc. 1992, D., 1993, Som. p. 293, obs. F. PÉROCHON ; cass. com., 9 janv. 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 9 ; CA Paris, 19 janv. 1996, *D. aff.*, 1996, p. 357.

⁷⁰⁵ Cass. com., *Bull. civ.*, IV, n° 3.

⁷⁰⁶ Cass. com., 14 janv. 1997, D., 1997, I.R. p. 52.

Par ailleurs, il résulte des termes mêmes des articles 75 et 77 de l'AUS que la créance doit toujours exister. Si celle-ci a été réglée dans son intégralité, il n'y a plus d'action possible. S'il reste un solde impayé, l'action peut toujours avoir lieu. C'est pourquoi une décision en France, en date du 19 janvier 1990 a reformé la décision d'un tribunal autorisant la revendication du prix, car, en l'espèce, le paiement intégral avait été effectué avant le jugement⁷⁰⁷, peu important le mode de paiement. En revanche, il en va différemment dans l'hypothèse où le prix a été déposé chez un séquestre, car les fonds ne sont pas rentrés dans le patrimoine du débiteur et la revendication peut encore avoir lieu⁷⁰⁸.

598. Il a été cependant reconnu que la cession *DAILLY* n'empêche pas la revendication⁷⁰⁹ du prix. Selon cette jurisprudence, par effet de subrogation réelle, le revendeur qui a revendu le bien objet de la clause de réserve de propriété perd, dès la revente, tout droit de propriété sur la créance du prix de revente pour l'attribuer au vendeur sous réserve de propriété. De ce fait, le revendeur est considéré comme n'ayant jamais été propriétaire de la créance⁷¹⁰.

Un auteur approuve cette solution qui se justifie selon lui par le fait que « *la créance du prix de revente(...) est congénitalement grevée du droit de revendication du vendeur initial*⁷¹¹ ». La jurisprudence est identique en ce qui concerne l'affacturage⁷¹².

Mais dans les hypothèses d'affacturage et de cession *DAILLY*, la revendication ne sera plus possible dans l'hypothèse où le sous-acquéreur a réglé le prix dû entre les mains du cessionnaire de la créance⁷¹³.

Bien évidemment, la compensation en compte courant, technique juridique qui permet l'extinction totale ou partielle d'obligations réciproques entre les mêmes personnes, empêche la revendication. En revanche, la Cour de cassation française reconnaît que seule la compensation en compte courant empêche la revendication ; la compensation faite par tout autre moyen ne fait pas obstacle à la revendication du prix de vente⁷¹⁴.

599. Les juges se montrent en général, plutôt enclins à admettre la revendication du prix, mais ils analyseront toujours avec beaucoup d'attention la situation du sous-acquéreur.

⁷⁰⁷ CA Paris, 19 janv. 1996, D. aff., 1996, p. 357.

⁷⁰⁸ Cass. com., 20 juin 1995, Bull. civ. IV, n° 186.

⁷⁰⁹ V. P. CROCOQ, « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », *Dr. et patr.*, n° 106, juillet-août 2002, p. 85.

⁷¹¹ V. J. MESTRE, obs., sous cass. com., 20 juin 1989, JCP éd. E., 1990, II, 15668, n°9.

⁷¹² V. cass. com., 26 avr. 2000, D., 2000, A. J., p. 279, obs. P. PISONI.

⁷¹³ V. cass. com., 10 juill. 2001, JCP éd., G., 2001, IV, 2690.

⁷¹⁴ V. cass. com., 8 janv. 2002, Dr. et patr., 2002, n° 106, p. 105, obs. M.-H. MONSÈRIÉ-BON.

La revendication en nature n'est plus un préalable impératif à peine de nullité de l'action en revendication de meuble ou du prix. Globalement, la technique de la revendication de meuble ou de prix a été très assouplie sur le plan de sa mise en œuvre et de ses conditions de validité. Il apparaît que l'exercice de l'action en revendication du prix contre le débiteur est quand même facilité. À côté des actions analysées, le revendiquant dispose d'autres instruments afin de se faire payer, notamment dans l'hypothèse où le sous-acquéreur n'a pas encore réglé la créance au débiteur.

b. L'action en paiement du prix de revente exercée contre le sous-acquéreur

600. L'action exercée par le créancier propriétaire revendiquant du prix à l'encontre du sous-acquéreur est qualifiée « d'action personnelle en paiement du prix de revente⁷¹⁵ ». Si, dans l'hypothèse précédente, le sous-acquéreur avait déjà réglé le prix du bien revendu avant le jugement d'ouverture, l'hypothèse actuelle est celle où le sous-acquéreur ne l'a pas encore réglé. Dès lors, le vendeur revendique le prix qui se trouve entre les mains de l'acheteur final.

Cependant, le prix sera fonction du solde du prix de vente. Le créancier dispose de deux actions qui semblent comprendre toutes les hypothèses possibles, lors de la revente, avant le jugement d'ouverture. Il apparaît que les effets seront également doubles, suivant la subsistance ou l'extinction de la créance.

Les effets sont de deux ordres et dépendant de l'état de la créance. Soit elle existe toujours, soit elle est éteinte.

601. Lorsque la créance existe toujours, le revendiquant pourra être payé avec une quasi-certitude. Néanmoins, il faut noter deux éléments. D'une part, le sous-acquéreur pourra invoquer les exceptions propres à la créance, telle que l'exception d'inexécution⁷¹⁶. D'autre part, il relèvera les exceptions apparues avant que le sous-acquéreur n'ait eu connaissance des droits du vendeur. Pour autant, le vendeur sera réglé plus facilement. En revanche, la situation est différente dans le cas où la créance est éteinte suite au jugement d'ouverture de la procédure collective.

602. La créance sera considérée comme ayant disparu dans l'hypothèse où le sous-acquéreur a réglé le débiteur. La créance a disparu entre le sous-acquéreur et le débiteur pour

⁷¹⁵ F. PÉROCHON, *op. cit.*, n°9.

⁷¹⁶ *Ibidem*, n° 14.

autant le créancier revendiquant demeure toujours, impayé, et à son égard la créance existe toujours. Que peut faire le créancier ? Il existe deux solutions, suivant que le paiement du sous-acquéreur au débiteur a été fait après ou avant l'introduction de l'action en revendication du prix.

Si le paiement a eu lieu après l'introduction de l'action en revendication, en absence de disposition claire en droit OHADA sur la question il convient de se reporter à la solution dégagée par le droit français. En effet, l'article L. 624-18 du Code de commerce dispose que *« peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L.624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date du règlement ouvrant la procédure. Peut être revendiqué dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien »*. Le débiteur doit remettre l'argent reçu du sous-acquéreur pour que celui-ci puisse par la suite régler le revendiquant. L'action aboutit bien au résultat désiré : le créancier propriétaire du bien, à défaut de recouvrer directement une somme d'argent, devient propriétaire des sommes déposées.

En outre, quelles sont les conséquences du paiement avant l'introduction de l'action ? Il n'y a pas de texte qui traite de cette hypothèse, c'est-à-dire celle où le sous-acquéreur a payé entre le jugement d'ouverture et avant l'exercice de l'action. Le créancier ne peut ni agir contre le débiteur, ni contre le sous-acquéreur. Pour autant, l'article L. 624-18 a vocation à s'appliquer puisque la créance existe toujours. Dès lors, le revendiquant bénéficie une fois encore d'une situation plus que confortable puisqu'il se retrouve dans la catégorie des créanciers de l'article L. 622-17 du Code commerce français ou de l'article 117 de l'AUPCAP et profite des avantages consécutifs à cette disposition.

603. Ainsi, lorsque la revendication du prix est exercée lors d'une revente antérieure au jugement d'ouverture, le vendeur est en situation de force, contre une nouvelle fois la discipline collective. Mais qu'en est-il du sort de la revendication du prix lorsque la revente a lieu après le jugement d'ouverture ?

2. La revente postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective

604. Lorsque la revente du bien revendiqué est intervenue après le jugement d'ouverture de la procédure, il peut se présenter deux situations, mais dont les effets sont identiques. Le revendiquant bénéficiera de l'article 117 de l'AUPCAP que la revente ait eu lieu avant ou après le jugement d'ouverture.

L'attribution du bénéfice de l'article 117 est logique dans la mesure où la vente a lieu après le jugement d'ouverture. Il paraît normal que ce soit la procédure collective qui règle cette créance. L'article 103 alinéa 3 de l'AUPCAP apporte une précision intéressante. Il dispose que : *«Toutefois, s'agissant de marchandises et d'objets mobiliers consignés au débiteur pour être vendus ou vendus avec clause de réserve de propriété, il n'y a pas lieu à revendication si, avant la restitution des marchandises et objets mobiliers, le prix est payé intégralement et immédiatement par le syndic assistant ou représentant le débiteur, selon le cas»*. Le paiement du prix est assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture. Dans chacune des hypothèses, ce créancier est privilégié, sauf à déplorer que si l'activité ne peut être maintenue et que la trésorerie ne s'est pas reconstituée, il ne reste pas assez d'actifs pour honorer les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure.

Lorsque la vente a lieu avant la revendication du bien en nature, mais après le jugement d'ouverture, le créancier bénéficie de l'article 117. Néanmoins, un double plafond s'applique. La créance sera plafonnée soit au solde du prix de vente, soit à la valeur du bien. Le plafond le plus bas sera celui pris en compte. Par conséquent, dans chacune des hypothèses, le créancier revendiquant du prix n'est jamais laissé pour compte. Il dispose d'un droit très important sur le bien et le droit de propriété, qui au fil du temps a subi plusieurs altérations, continue quand même à produire les effets d'une certaine vigueur. Partant, le créancier propriétaire revendiquant du prix échappe à la discipline collective et se joue des règles applicables dès l'ouverture de la procédure collective.

605. L'étude de l'action en revendication du bien ou du prix a mis en évidence l'efficacité du droit de propriété en tant que garantie pour le créancier revendiquant. Elle lui permet de reprendre le bien dans des conditions sans cesse améliorées. En outre, dans l'hypothèse où la reprise n'est pas possible, le créancier peut très bien revendiquer le prix de vente, et ce, toujours sous la bienveillance légale. Il a pu être mis en exergue les facilités accordées à l'action en revendication des biens ou du prix. Les biens fongibles peuvent être revendiqués et il a même été posé une présomption dans l'hypothèse de biens fongibles. Les créanciers propriétaires pourront donc se retrouver propriétaires de biens qui ne leur ont jamais appartenu. De plus, en ce qui concerne la revendication du prix, le créancier revendiquant dispose de deux voies d'action : il peut agir contre le débiteur ou contre le sous-acquéreur dans l'hypothèse où ce dernier n'a pas encore réglé le débiteur. La jurisprudence ne cesse d'ailleurs, sous couvert d'une approbation doctrinale massive, de conforter la position

des créanciers revendiquant. Le droit de propriété en sort une nouvelle fois renforcé et on peut conclure à l'efficacité quasi totale des garanties réelles étudiées.

Pour autant, la totalité des hypothèses relatives aux créanciers propriétaires n'a pas été étudiée. Certains peuvent être dispensés de faire reconnaître leur droit de propriété et c'est pourquoi il faut, dorénavant, s'attacher à une autre action : l'action en restitution.

Par conséquent, asseoir sa garantie sur le droit de propriété, confère au créancier une base meilleure. Une déduction s'impose : les seuls créanciers qui ne subissent pas la discipline rigoureuse de la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur sont ceux qui ont une certaine mainmise sur les biens. En ce qui concerne le gage, cette mainmise est physique même si parfois le droit de rétention est fictif. En revanche, à propos des créanciers titulaires de garanties fondées sur la propriété, cette mainmise est juridique, car ces créanciers ont conservé la propriété du bien jusqu'au complet paiement. En toute logique, le droit de rétention vient parachever la réflexion menée jusqu'à présent. Il reste une garantie réelle qui repose sur la mainmise physique sur le bien. L'étude de cette « garantie-détention » permettra de conclure à la fermeté des mécanismes fondés sur la maîtrise physique du bien, ou la rétention utilisée à des fins de garantie.

§. 2. Le retour au droit de rétention originel

606. Qualifié de grain de sable, de vestige de la justice privée, le droit de rétention est l'une des techniques les plus anciennes de garantie et suppose que le créancier retienne le bien. Par conséquent, le débiteur est en position de faiblesse, car pour récupérer le bien il doit payer sa dette à défaut le créancier va retenir le bien et cela en toute légalité.

Par son originalité et par ses innovations, le régime du droit de rétention dans l'AUS est riche d'enseignement⁷¹⁷. Le créancier tire sa force de la mainmise qu'il a sur le bien. La chose devient l'objet de garantie et, en outre, une garantie très puissante. Pourtant, il s'agit d'une garantie très ancienne si ce n'est la première. Il semble donc que le droit de rétention qui tire ses origines de l'archaïsme dans sa plénitude est doté d'une efficacité redoutable⁷¹⁸. D'ailleurs, cette efficacité se fait ressentir à deux égards : d'une part, du droit de rétention découlent des avantages qui lui sont spécifiques (A) et d'autre part lors de l'ouverture d'une

⁷¹⁷ V. Z. ZERBO, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés : Étude comparative », *in* Penant, n° 836, mai-août, 2001, p. 250 et s.

⁷¹⁸ V. Z. ZERBO, *op. cit.*, *loc. cit.* ; S. PIEDELIÈVRE, « L'efficacité du droit de rétention face aux autres sûretés réelles », *in* Rev. huiss., sept. 2001, n°5, p. 290.

procédure collective un certain nombre de prérogatives lui sont attribuées (B) en raison de sa nature singulière.

A. Les avancées positives du régime du droit de rétention

607. Le droit de rétention consiste en un mécanisme très spécifique et tout à fait atypique, dont la nature juridique demeure incertaine⁷¹⁹. Par son originalité et par l'originalité du mécanisme tient principalement au fait que le créancier peut conserver le bien tant qu'il n'a pas été réglé. De cette inertie qui caractérise le créancier rétenteur découlent deux conséquences: la première est que le droit de rétention est opposable (1) à tous du seul fait de son existence, la seconde réside dans son indivisibilité de fait (2).

1. L'opposabilité de fait

608. L'opposabilité d'une garantie est un élément très important aussi bien pour celui qui l'invoque que pour ceux qui la subissent. Par exemple, de la portée de l'opposabilité du droit de rétention va dépendre le sort du créancier rétenteur, du propriétaire de la chose retenue et aussi d'autres créanciers. Un auteur précisa que « *si le droit de rétention est opposable à d'autres que le propriétaire, par exemple à ses créanciers, il produira des effets analogues à ceux d'un privilège. En effet, en cas d'insolvabilité du propriétaire, ses créanciers, pour réaliser et se distribuer la valeur de la chose retenue par l'un d'entre eux, seront forcés de composer avec ce détenteur, qui ne consentira à se dessaisir de l'objet qu'après avoir été payé intégralement. Si, au contraire, le droit de rétention n'est opposable qu'au débiteur propriétaire, son seul avantage sera, en privant le débiteur de la possession d'une chose qui lui est utile ou qui a une valeur supérieure au montant de la dette de l'inciter à se libérer plus vite, afin d'obtenir la délivrance de la chose*⁷²⁰ ». Il ressort de ces quelques lignes que reconnaître ou pas l'opposabilité du droit de rétention participe de la stratégie juridique de tous les acteurs qu'il met en cause. Dans le cadre particulier du droit des procédures collectives, l'incidence de l'exercice du droit de rétention par un créancier affecte toute la communauté des créanciers, les décisions des mandataires et le patrimoine du

⁷¹⁹ La réforme de l'AUS de 2010 a reconnu au droit de rétention sa nature de sûreté réelle mais l'a dépouillé de ses attributs qui faisait dire à certains auteurs qu'il était une véritable sûreté réelles. V. à ce propos, A. A. SHAMSIDINE, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », *in* Penant n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473.

⁷²⁰ A. WEILL, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 1979, n° 141.

débiteur. Nous sortons là quelque peu du schéma de droit commun. C'est pourquoi dans un premier temps, il conviendra d'étudier la reconnaissance de l'opposabilité du droit de rétention(a) dans un second temps, de s'attacher à son élargissement(b).

a. La reconnaissance de l'opposabilité du droit de rétention

609. L'opposabilité du droit de rétention en droit commun n'a jamais été remise en cause. La jurisprudence est constante⁷²¹. L'opposabilité tient au fait que le créancier exerce une certaine maîtrise sur le bien. Elle est importante, car applicable à l'égard d'un grand nombre de sujets de droit et elle prouve la puissance redoutable du droit de rétention.

Le droit de rétention est principalement opposable au débiteur. Ceci est, logique, car l'opposabilité découle de la définition ainsi que de la nature de la garantie. Dans le même sens, l'opposabilité s'exerce à l'égard des ayants cause universels ou à titre universel du débiteur⁷²².

610. Mais cette opposabilité est beaucoup plus développée que cela. Elle s'étend à de nombreux sujets de droit et pour commencer aux autres créanciers du débiteur. Le débiteur peut devoir de l'argent à d'autres créanciers que le rétenteur. En règle générale, un débiteur à l'égard duquel est ouverte une procédure collective est débiteur auprès de nombreux créanciers. L'inopposabilité va jouer d'une part quant aux créanciers chirographaires et d'autre part quant aux créanciers privilégiés. Aucun type de créancier du débiteur n'est épargné par l'opposabilité du droit de rétention qui possède un très large champ d'application.

La jurisprudence a statué sur les effets de l'opposabilité du droit de rétention à l'égard des créanciers chirographaires. Dans un arrêt en date du 6 avril 1875⁷²³, la Cour de cassation française a posé un attendu de principe dont elle n'a pas varié depuis qui précise que le créancier rétenteur peut très bien ne pas se dessaisir du bien tant qu'il n'a pas reçu son dû. Partant, s'il lui est demandé de lâcher le bien entre ses mains pour qu'il puisse être vendu, les autres créanciers devront l'autoriser à prélever sa créance avant tout autre paiement.

Par ailleurs, l'opposabilité a été reconnue à l'égard des créanciers privilégiés. La jurisprudence l'a admis à l'égard du Trésor⁷²⁴ et même à l'égard des créanciers

⁷²¹ Cass. civ., 6 avr. 1875, *DP.* 1875, 1, 354 ; Cass. civ., 12 mai 1903, *S.*, 1905, 1, 327.

⁷²² G. Marty, P. Raynaud et Ph. JESTAZ, *Droit civil. Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 1987, 2^e éd., n° 50.

⁷²³ Cass. civ., 6 avr. 1875, *DP.* 1875, 1, 354 ; Cass. com., 24 janv. 1974, *Bull. civ.* IV, n° 40.

⁷²⁴ Cass. com., 15 janv. 1957, *D.* 1957, P. 267, note J. HUMARD.

hypothécaires⁷²⁵. Mais cette reconnaissance ne s'est pas faite sans difficulté. Il a été soutenu par un éminent auteur qu'il fallait différencier les créanciers privilégiés entre eux⁷²⁶, car l'opposabilité du droit de rétention devrait dépendre de la date de naissance du droit. Ainsi, si le droit du créancier était né après la mise en possession du rétenteur le droit de rétention leur serait opposable. En revanche, dans l'hypothèse où le droit était antérieur à la mise en possession, la rétention était inopposable. Cette construction doctrinale avait été reconnue par quelques décisions⁷²⁷. Il était toutefois plus concevable d'établir un genre de différenciation parmi des créanciers titulaires du même droit. C'est pourquoi l'analyse n'a pas emporté la conviction et désormais le droit de rétention du créancier privilégié est clairement reconnu.

611. Il peut néanmoins arriver dans cette hypothèse qu'un des autres créanciers décide de diligenter une procédure simplifiée tendant à la restitution ou une voie d'exécution, tel par exemple une saisie vente. Dans ce cas, au créancier rétenteur, l'AUPSRVE (Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et voies d'exécution) offre la possibilité de se protéger efficacement et simplement en formant opposition contre la décision portant injonction de délivrer ou de restituer⁷²⁸ dans les quinze(15) jours⁷²⁹ suivant la signification de la décision.

Mais avant tout, il faut s'assurer de la « légitimité⁷³⁰ » de la détention. Dans ce cas, deux hypothèses sont envisagées. Dans la première, le bien objet de la rétention n'a pas fait l'objet d'une saisie antérieure à la détention par le créancier. Le rétenteur ici dispose dans ce cas d'un droit renforcé et quasi inattaquable. Dans la seconde, le créancier rétenteur pratique sa rétention postérieurement à une saisie préalable du bien retenu. Dans cette seconde hypothèse, le créancier rétenteur se dépossède du bien, car, au regard de l'article 68 de l'AUS cette détention est prohibée.

⁷²⁵ Cass. civ. 3^e, 16 déc. 1998, JCP éd. G., 1999, I. 158, n° 8, obs., Ph. DELEBECQUE : RTD civ., 1999, p. 439, obs. P. CROCQ.

⁷²⁶ R. HOUIN. obs. in RTD com. 1953, p. 211.

⁷²⁷ Cass. req., 13 juill. 1874, S., 1875. I. p. 145 : CA Poitiers, 23 déc. 1935. D.H. 1936. p.107.

⁷²⁸ V. art. 25 alinéa 2 AUPSRVE. égal. Art 26 qui renvoie aux articles 9 à 15 pour la forme et les délais à respecter par l'opposant. v. à ce titre TGI Ouagadougou, jugement n° 236 du 17 mars 1999, TPI de Menoua à Dschang, jugement n° 46/ civ. Du 12 juil. 2004, ohada.com/ Ohadata j-05-106; TPI Daloa, jugement n°303 du 21 nov. 2003, Juriscope. org.

⁷²⁹ V. pour la computation de ce délai, CCJA, arrêt n°041 du 07 juillet 2005, ohada.com ou Tribunal de commerce d'Abidjan(TCA) jugement contradictoire du 28 novembre 2013. RG N° 1648/13 , <http://www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/crances/RG1648RS28NOV2013.pdf>

⁷³⁰ Art. 68 AUS.

612. Nous constatons, à travers ces exemples, que toutes les catégories de créanciers sont concernées par l'opposabilité du droit de rétention du créancier rétenteur. Mais il s'agit de la situation en droit commun, lors de l'ouverture d'une procédure collective l'inopposabilité à l'égard des créanciers est avérée de façon encore plus flagrante.

b. L'élargissement de l'opposabilité du droit de rétention

613. En droit français, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a consacré l'opposabilité du droit de rétention de manière très explicite. En effet, l'article L.622-7 II du Code de commerce autorise le juge commissaire à régler le créancier rétenteur dès l'ouverture de la période d'observation s'il désire, récupérer le bien qui s'avère nécessaire à la poursuite de l'activité.

Il s'agit d'une exception très importante qui est posée avec une grande netteté dont les conditions et les effets seront analysés ultérieurement. La situation est la même si un plan de cession ou un plan de continuation est mis en œuvre ; le rétenteur peut opposer son droit au tiers à qui le bien est vendu⁷³¹.

614. Ses dispositions ont plus ou moins inspiré⁷³² le législateur OHADA. En cas de liquidation judiciaire, l'article 149 AUPCAP permet de retirer le bien en réglant la dette. Il faudra que le créancier déclare sa créance de rétention dans la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur.

L'opposabilité à l'égard des créanciers est donc clairement établie lors de l'ouverture d'une procédure collective. Tous les créanciers sont touchés par cette mesure. Cependant, l'élargissement de l'opposabilité du droit de rétention joue aussi à l'égard des ayants cause à titre particulier.

La reconnaissance de l'opposabilité à l'égard des ayants cause à titre particulier est logique : priver le créancier rétenteur de l'opposabilité du droit de rétention à l'égard des ayants cause reviendrait à annihiler son droit, puisque le débiteur pourrait aliéner le bien ou l'hypothéquer sans se heurter au rétenteur. Pourtant, la reconnaissance de ce droit par la jurisprudence ne s'est pas faite si simplement. Pendant longtemps ; il existait une divergence

⁷³¹ V. D. Martin, « De la survie du gage à la cession de l'entreprise », Rj com., 1987, p. 81.

⁷³² Il faut attendre l'article 149 de l'AUPCAP qui prévoit des dispositions analogues au droit français, et seulement dans le cadre de la liquidation des biens du débiteur. Une analyse par analogie a donc été nécessaire pour étendre l'application de ce texte aux autres périodes de la procédure collective notamment dans le cadre du redressement judiciaire.

de traitement de la question entre les juridictions dont la source résidait dans, la distinction qui était opérée selon la date de naissance des droits en conflit. Il était parfois jugé que le droit de rétention n'était pas opposable aux tiers ayant acquis un droit sur la chose après la mise en possession du rétenteur⁷³³.

Un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 23 décembre 1935 avait, quant à lui, affirmé que le droit de rétention était sans effet à l'égard des acquéreurs ou créanciers privilégiés qui avaient publié leur droit antérieurement⁷³⁴. Pour des auteurs, la solution se justifiait pour une double raison : d'une part, l'antichrésiste qui était titulaire d'un droit de rétention devait respecter les hypothèses existantes lors de la prise de possession du bien nanti et, d'autre part, le rétenteur qui recevait ses droits du débiteur devait également respecter les charges pesant sur la chose⁷³⁵.

Les juges ont fini par accorder leur jurisprudence et il n'existe plus à l'avenir de division au sein des juridictions, puisqu'il n'est plus fait de différence en fonction de la date de naissance des droits concernés. Désormais, il a été admis que le rétenteur peut opposer son droit de rétention au gagiste dont le droit est pourtant antérieur⁷³⁶. Cette solution fait l'unanimité dans la doctrine⁷³⁷.

Comme elle s'exerce à l'égard de l'ensemble des autres créanciers du débiteur, l'opposabilité s'exerce aussi à l'égard des ayants cause à titre particulier. Par conséquent, il s'ensuit que la portée de l'opposabilité du droit de rétention s'applique à tous ceux qui ont un intérêt à tirer la chose entre les mains du rétenteur. Parmi eux se trouve en première ligne le véritable propriétaire du bien.

615. L'hypothèse envisagée à présent est celle où le rétenteur se trouve en présence du véritable propriétaire qui n'est ni le débiteur ni l'ayant cause de celui-ci. Elle diffère de l'hypothèse où le propriétaire a acquis la chose du débiteur⁷³⁸.

Lorsque le bien détenu par le rétenteur appartient à une autre personne que le débiteur et cette première personne ne sont pas l'ayant cause à titre particulier du second, il convient de distinguer deux possibilités.

⁷³³ Cass. civ., 13 juill. 1874, S., 1875, 1, 145.

⁷³⁴ CA Poitiers, 23 déc. 1935, *DH*. 1936, 107.

⁷³⁵ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 597.

⁷³⁶ Cass. com., 11 juin 1969, *D*. 1970, p. 244, note P. BIHR.

⁷³⁷ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 582 et s., M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 623 et s..

⁷³⁸ Cass. com., 14 avril 1992, JCP éd. G., 1992, I, 3583, obs. Ph. DELEBECQUE.

La première suppose l'existence d'un gage assorti d'un droit de rétention. La haute juridiction française dès 1858⁷³⁹ a considéré que le gagiste de bonne foi pouvait très bien faire obstacle à l'action de revendication du propriétaire de bonne foi en s'appuyant sur la présomption de l'article 2279 du Code civil qui dispose qu'« *en fait de meuble, possession vaut titre* ».

La seconde possibilité, la plus incertaine est celle où le droit de rétention aurait une existence autonome. En raison de sa nature de justice privée, ainsi que du doute sur l'attachement du droit de rétention au véritable propriétaire peut être douteux. Il s'ensuit la coexistence de deux solutions : selon que la rétention est fondée sur une connexité objective, ou sur une connexité juridique.

Si la rétention est fondée sur la connexité objective ou matérielle, la rétention est opposable au véritable propriétaire, car le propriétaire est tenu propter rem⁷⁴⁰. L'hypothèse de la connexité objective ou matérielle est celle où même en l'absence d'un rapport juridique préexistant entre le rétenteur et le propriétaire du bien, ce dernier se trouve débiteur en raison de ce bien. Il s'agit en fait de « *tous les cas où la créance a pris naissance à l'occasion de la chose retenue* »⁷⁴¹.

Si la rétention est fondée sur la connexité intellectuelle ou juridique, le rétenteur ne peut opposer son droit au véritable propriétaire. Il sera alors question du droit de rétention existant en l'absence de lien entre la naissance de la créance, et la chose elle-même, il faut simplement que la rétention soit contenue dans une convention ou un quasi-contrat à l'origine de la naissance de la créance.

Pour autant, cette analyse ne fait pas l'unanimité, puisqu'il est parfois soulevé que la rétention ne pouvait être opérée que si le débiteur était propriétaire du bien⁷⁴². D'une manière générale, la doctrine estime qu'il doit toujours être distingué entre connexité matérielle et connexité juridique⁷⁴³.

616. La jurisprudence portant sur les attributs de connexité du droit de rétention révèle une nette prédominance d'une conception large de la rétention.

⁷³⁹ Cass. civ., 22 juin 1858, DP, 1859, I, 238 ; S., 1858, I, 591.

⁷⁴⁰ V. M. de JUGLARD, *Obligation réelle et servitude*, th., Bordeaux, 1937.

⁷⁴¹ Cass. civ. 1^o, 22 mai 1962, D., 1965, p. 58, note R. RODIÈRE.

⁷⁴² CA. Abidjan, Arrêt n° 92 du 31 janvier 2003 Dame Ghoussein Fadiga Malick c/Société Alliance Auto, Penant n° 872, p. 379, Obs. R. ASSONTSA ; Ohadata J- 10- 248.

⁷⁴³ *Ibidem* ; A. A. SHAMSIDINE, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », *op. cit.*, p. 473 ; K. M. Mathurin, « Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire SATA Mali c/ INCART FIAT », Ohadata D-07-10, p. 5 et s. ; K. MAMADOU, « La consécration des sûretés spécifiques OHADA : Réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances », Ohadata D- 11- 91 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 592 à 595 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 613 et s.

D'abord en ce qui concerne la connexité matérielle, la chambre des requêtes a précisé qu'« *aussi généraux que soient les termes de l'article 1948 du Code civil, l'exercice du droit de rétention par un dépositaire est subordonné à la condition qu'il ait une créance contre le propriétaire de la chose qu'il détient, et à l'occasion de cette chose* »⁷⁴⁴. Puis, la première chambre civile de la Cour de cassation française dans un arrêt en date du 22 mai 1962⁷⁴⁵ avait adopté la solution inverse. Les hauts magistrats avaient décidé qu'un séquestre qui avait obtenu de la justice la garde d'un bien litigieux pouvait opposer son droit de rétention à la personne reconnue par la suite comme véritable propriétaire, alors qu'il était créancier des frais de conservation à l'égard de l'autre plaideur condamné à les supporter. Ils ont décidé qu'avant le paiement de sa créance, le rétenteur peut refuser de restituer le bien au véritable propriétaire. D'ailleurs, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans un arrêt en date du 10 octobre 1979⁷⁴⁶, a confirmé cette jurisprudence allant jusqu'à préciser que l'exercice du droit de rétention sur une chose n'appartenant pas au débiteur ne pouvait se justifier que dans des cas exceptionnels, par exemple en cas de frais exposés pour la conservation de la chose.

617. En droit OHADA, dans un arrêt fort critiqué, les juges d'appel d'Abidjan ont dans un arrêt en date du 31 juillet 2003⁷⁴⁷ pris le contre-pied de leur homologue français en ce qui concerne l'appréciation de la connexité matérielle, notamment lorsque le bien détenu n'appartient pas au débiteur. Pour justifier leur décision déniait la rétention pratiquée par un garagiste sur une automobile sur lequel il a eu a effectué des réparations, ils ont considéré que « *...aux termes des dispositions de l'article 41 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés(nouvel article 67) « le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'à paiement de ce qui est dû indépendamment de toute autre sûreté» ;or considérant que dans l'espèce, il est constant que le véhicule retenu n'est pas le bien du débiteur, la Société BIT; qu'une telle rétention n'est pas légitime... »*

⁷⁴⁴ Cass. req., 29 nov. 1938, Gaz. Pal. 1939, I, p. 133.

⁷⁴⁵ Cass. civ. 1^o, 22 mai 1962, *op. cit. loc. cit.*

⁷⁴⁶ CA Aix-en-Provence, 10 oct. 1979, Bull. AIX, n^o 217.

⁷⁴⁷ V. Cour d'appel d'Abidjan, Arrêt n^o 92 du 31 janvier 2003 Dame Ghoussein Fadiga Malick c/Société Alliance Auto, Penant n^o 872, p. 379, Observations de Robert ASSONTSA ; v. contra. Tribunal de commerce d' Abidjan ordonnance de référé du 25/01/2013 Société BARITO CONTRACTOR C/ Société Compagnie Abidjanaise de Réparation Navales et de Travaux Industriels dite CARENA. <http://www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/procedures/REFERE.pdf>.

Heureusement à l'occasion d'un arrêt en date du 28 février 2008⁷⁴⁸, les hauts magistrats de la CCJA, ont recadré et réaffirmé la force du droit de rétention même lorsque le bien détenu n'est pas la propriété du débiteur de la créance.

618. En règle générale, en ce qui concerne l'appréciation de la recevabilité de la connexité matérielle du droit de rétention, les juges ont adopté une position très favorable aux rétenteurs. Cependant quand en est-il de la rétention lors d'une hypothèse de connexité juridique ?

La Cour de cassation française a dans un premier temps affirmé que la connexité juridique aboutissait à ce que le type de rétention qui lui correspondait était inopposable au véritable propriétaire du bien. Dans un arrêt en date du 5 octobre 1966⁷⁴⁹, les juges ont décidé que l'acquéreur qui invoque sa créance de garantie à l'égard du vendeur ne peut opposer son droit de rétention à l'égard du véritable propriétaire. Si les juges avaient statué ainsi, c'est parce que l'effet relatif des contrats conduit à limiter l'opposabilité du droit de rétention au cas de connexité juridique. La chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu cette analyse le 13 décembre 1983⁷⁵⁰.

La solution était stricte et ferme pour les rétenteurs ; ils ne pouvaient opposer leur droit au véritable propriétaire, ce qui pouvait avoir un effet dévastateur pour eux. Néanmoins, la Cour de cassation a tranché d'une façon beaucoup plus libérale dans une décision en date du 3 octobre 1989⁷⁵¹. Il s'agissait en l'espèce d'un conflit entre un rétenteur et un vendeur disposant du droit de propriété. Si la Cour de cassation avait appliqué sa jurisprudence classique, le vendeur aurait dû pouvoir récupérer son bien, car il n'était pas débiteur du rétenteur. Toutefois, les hauts conseillers ont innové. Ils ont décidé que le rétenteur pouvait très bien opposer son droit au véritable propriétaire s'il fait état de sa bonne foi et de son ignorance de la clause de réserve de propriété, ce qui était le cas en l'espèce. Ce qui signifie qu'à l'inverse, si le rétenteur connaissait la clause, il ne pourrait opposer son droit de rétention au propriétaire. Dès lors, sachant que l'écrit peut être établi au plus tard au moment de la livraison, la clause pourra être portée à la connaissance du rétenteur à ce moment-là ; mais dans l'intervalle, les marchandises peuvent avoir été remises au

⁷⁴⁸ Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.) 1ère Chambre, Arrêt n° 006 du 28 février 2008 – Affaire : ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ 1.- SDV COTE D'IVOIRE dite SDV-CI / 2.- Société IED / 3.- Administration des Douanes.- Le Juris-OHADA n° 2 – Avril- Mai - Juin 2008, p. 13.- Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 11, janvier-juin 2008, p.35.

⁷⁴⁹ Cass. civ., 1^o, 5 oct. 1966, Bull. civ. I, n° 454.

⁷⁵⁰ Cass. com., 13 dec. 1983, Bull.civ. IV, n° 347.

⁷⁵¹ Cass. com., 3 oct. 1989, Rép. Defr. 1990, p. 1350, obs. L. AYNÈS ; RTD civ., 1990, p. 307, obs. F. ZENATI.

commissionnaire de transport, et dans ce cas, le rétenteur ne pourra pas être informé de l'existence de la clause. Il sera théoriquement de bonne foi, ce qui vaincra la revendication du vendeur excipant la clause de réserve de propriété.

619. Par une autre décision, la première chambre civile de la Cour de cassation tranche nettement en faveur du rétenteur, dans un arrêt en date du 7 janvier 1992⁷⁵². Cette décision a aussi été l'occasion de ranger le droit de rétention parmi les droits réels. Mais surtout, elle tranche les conflits pouvant exister entre le rétenteur et les autres créanciers.

Le principe est maintenant affirmé qu'en vertu d'un lien de connexité (matérielle ou intellectuelle) unissant le créancier rétenteur à la chose retenue, le droit de rétention est opposable *erga omnes* et prime toute sûreté qui viendrait à être en conflit avec lui.

Par cette décision, la Cour de cassation admet l'existence d'une rétention en vertu d'un lien de connexité juridique. Elle étend par la même ce droit à l'égard de personne non tenue de la dette.

Dès lors, ni la connexité juridique ni la connexité matérielle ne sont épargnées par la rétention. Ce droit du créancier concerne un très grand nombre d'actes et permet d'affirmer avec certitude la supériorité de la portée du droit de rétention sur celle d'autres formes de garantie parmi lesquelles il faut compter les sûretés classiques.

620. Les juges ont continué à renforcer la portée du droit de rétention. En effet, le droit de rétention a été reconnu opposable à l'ancien propriétaire dont la vente a été résolue⁷⁵³ ou annulée⁷⁵⁴, de même qu'à l'égard de l'adjudicataire du bien retenu⁷⁵⁵ ou de l'acquéreur⁷⁵⁶. Enfin, plus récemment la Cour de cassation a décidé que le droit du créancier rétenteur est opposable au locataire de la chose retenue⁷⁵⁷.

621. Il vient d'être établi très clairement que le droit de rétention est reconnu opposable de manière très large puisque même le propriétaire non tenu à la dette voit le droit de rétention opposable à son égard. Dès lors, aussi bien le vrai propriétaire que les ayants cause universels ou particuliers ainsi que les créanciers chirographaires ou privilégiés subissent le même sort. C'est dire la puissance du mécanisme juridique qui repose sur la

⁷⁵² Cass. civ. 1^o, 7 janv. 1992, JCP éd. G., 1992, II, 21971 note Ramarolanto RATIARY.

⁷⁵³ Trib. Vervins, 14 août 1885, S., 1885, 2, 220.

⁷⁵⁴ Cass. civ., 2^o, 27 mai 1961, Bull. civ. II, n^o 386.

⁷⁵⁵ CA Poitiers, 23 déc. 1935, D., 1936, p. 107.

⁷⁵⁶ Civ., 31 mars 1851, DP, 1851, I, p. 165.

⁷⁵⁷ Cass. com., 31 mai 1994, Bull. civ. IV, n^o 195.

détention matérielle du bien. L'opposabilité n'est pas le seul effet attaché à la nature du droit de rétention : son indivisibilité est l'autre effet attaché à sa nature.

2. L'indivisibilité de fait

622. Le droit de rétention, garantie réelle par essence en est assorti d'une indivisibilité qui est d'un grand secours pour le créancier rétenteur. L'indivisibilité a pour conséquence que chaque partie de la dette est garantie par l'intégralité de la chose : dès lors, même dans l'hypothèse d'un paiement partiel, le créancier peut encore retenir la chose tant qu'il n'a pas obtenu le paiement intégral⁷⁵⁸. La jurisprudence consacrant ce point est déjà ancienne et fermement établie⁷⁵⁹. Une décision a précisé que « *l'ouvrier ou le fabriquant a qui ont été confiés plusieurs, tout à la fois, plusieurs parties de matière premières pour les façonner, à un droit de rétention sur chacune des parties façonnées pour le paiement de la totalité de ses salaires. Si donc, il arrive, qu'une partie soit restée, après façon reçue, sans paiement, les parties restantes dans les mains ne peuvent lui être reprises que moyennant paiement de la totalité des façons* »⁷⁶⁰.

623. En cas de pluralité de débiteurs, dans l'hypothèse où certains s'acquitteraient de la dette, le créancier pourrait très bien refuser de rendre le bien même si celui-ci est divisible, et ce tant qu'il n'a pas été réglé par tous ses débiteurs. De plus, si la créance est divisée entre les héritiers du rétenteur, chacun d'entre eux restera entièrement garanti jusqu'à son paiement. Cette règle s'explique en raison des attributs du droit de rétention et de sa nature de moyen de pression. Aucun rapport de proportion entre le montant de la créance et la chose détenue n'est requis et c'est en cela que cette indivisibilité se différencie de l'exception *non adimpleti contractus*. Le créancier qui se prévaut de cette exception peut, tout comme le rétenteur, refuser la restitution, et ce tant qu'il n'a pas reçu l'intégralité de son paiement. C'est la convention qui est génératrice des obligations des parties qui est le fondement de cette indivisibilité. Par conséquent, il y a une indivisibilité conventionnelle, fondée sur une connexité simplement intellectuelle ; malgré les termes employés, le droit de rétention n'est alors pas en jeu⁷⁶¹.

⁷⁵⁸ V. art. 114 AUS

⁷⁵⁹ Cass. civ., 8 déc. 1840, S., 1841, 1, p. 23 ; CA Paris, 5 mars 1992, JCP éd. G, 1992, I, obs., Ph. DELEBECQUE.

⁷⁶⁰ Cass. civ., 8 déc. 1840, *op. cit.*

⁷⁶¹ V. S. ZEPI, *op. cit.*, n° 1278.

L'auteur de ces mots justifiait la différence entre les deux institutions par le fait que le droit de rétention ne pouvait porter que sur le bien objet de la rétention et parce que celle-ci s'exerçait en vertu d'une connexité matérielle. Si la première justification tient toujours, en revanche la rétention peut avoir lieu même en cas de connexité intellectuelle.

624. La conséquence de l'indivisibilité est que l'obligation, de restitution ne naîtra qu'après extinction complète de la créance. Cet effet du droit de rétention qui s'opère à travers le principe de l'indivisibilité est très profitable pour les rétenteurs qui bénéficient d'un droit pratiquement invincible. Tant qu'ils n'ont pas eu un règlement intégral, ils pourront conserver le bien dans sa totalité quand bien même il serait divisible.

Cependant l'indivisibilité est une conséquence naturelle du droit de rétention, qui est un moyen de pression du créancier sur le débiteur. Cet effet du droit de rétention n'est pas la seule conséquence naturelle de ce droit, l'opposabilité en est une autre. Le droit de rétention est donc de par son existence assorti de deux effets très profitables au rétenteur. Il convient de noter qu'outre les effets attachés par nature au droit de rétention, celui-ci bénéficie d'autres effets très attractifs pour le créancier lorsque s'ouvre une procédure collective.

B. L'efficacité du droit de rétention lors de l'ouverture d'une procédure collective

625. Le droit de rétention connaît lors de l'ouverture d'une procédure collective, une configuration très particulière. Contrairement à ce qui se passe pour les créanciers titulaires de sûretés réelles classiques, les rétenteurs ne sont pas contraints dans leur droit. Le fait qu'ils détiennent la maîtrise physique sur le bien en fait des créanciers hors norme. Ils sont titulaires de la détention sur le bien. Ils ne cessent de retenir le bien que dans l'hypothèse où ils sont réglés dans l'intégralité de leur créance. Cependant, il aurait été facile de conclure que, comme l'ensemble des créanciers lors de l'ouverture d'une procédure collective, ils allaient subir toute une série de restrictions quant à leur droit. Il n'en est rien. Au contraire, la procédure collective semble leur ouvrir des voies nouvelles afin de leur permettre d'être désintéressés. Mais avant de faire état des avantages attachés au rétenteur, il convient de noter que le rétenteur se doit de remplir une condition essentielle, bien qu'allégée par rapport aux autres créanciers garantis par une sûreté réelle.

626. En effet, le rétenteur doit déclarer sa créance dans la procédure collective du débiteur. Conformément à l'article 78 et suivant de l'AUPCAP, il se doit d'effectuer sa déclaration de créance sous peine de ne pas être admis dans la répartition, mais aussi de subir l'extinction de sa créance. Un arrêt de la Chambre commerciale du 20 mai 1997⁷⁶² est venu préciser la nature du droit de rétention et par la même en déduire les conséquences qui s'imposent. Pour une auteure⁷⁶³, au commentaire de cet arrêt, la Cour établit par cet arrêt que « *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage. Et, en déniant au droit de rétention la qualité de sûreté et en posant l'autonomie de celui-ci, la cour suggère les effets sur la déclaration de créance du rétenteur. Par ailleurs, l'article L. 622- 15⁷⁶⁴(anc. Art. L. 621-44) du Code de commerce prévoit que la déclaration de créance « précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie »*. Elle conclut pour dire que « *Les juges ayant décidé que le droit de rétention n'est pas une sûreté, l'article L.622-15 est donc inapplicable et c'est pourquoi le créancier rétenteur est soumis aux mêmes formes de déclaration de créance que le créancier chirographaire et sans qu'il soit requis qu'il précise l'existence du droit de rétention sur le bien* »⁷⁶⁵. Le rétenteur ne risque pas de perdre son privilège par oubli ou par omission.

627. Cependant, même allégée la déclaration de créance est une formalité à respecter, car si le créancier n'a pas à préciser la nature de son privilège, pour autant, il faut qu'il fasse connaître sa qualité de créancier à la procédure ; à défaut, il pourrait devenir un rétenteur illégitime⁷⁶⁶.

Par conséquent, par rapport au gagiste, le créancier rétenteur dispose d'une situation meilleure ; le gagiste doit non seulement déclarer sa créance, mais aussi le gage qui l'assortit au risque de le perdre. Ainsi, il apparaît que le fait de se faire connaître dans la procédure au sein des autres créanciers est une exigence essentielle. Le rétenteur doit nécessairement déclarer sa créance.

Mais celle-ci sera faite comme pour une créance chirographaire : le créancier n'a pas à déclarer son droit de rétention. Par conséquent, il ne risque pas de perdre ce droit attaché à sa créance, à la différence des créanciers privilégiés qui, à défaut de déclarer leur créance

⁷⁶² V. cass. com., 20 mai 1997, RTD civ., 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; D., 1998, p. 479, note F. KENDERIAN

⁷⁶³ S. ZEPI, *op. cit.*, n°1282, p. 515.

⁷⁶⁴ V. art. 80 alinéa 2 de l'AUPCAP.

⁷⁶⁵ V. cass. com., 8 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 125 ; Banque et droit, sept. Oct. 1999, p. 50, obs. N. RONTCHEVSKY.

⁷⁶⁶ V. dans ce sens L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement, op. cit.*, p. 432, qui conseille la prudence au créanciers possédant une propriété garantie en omettant pas de déclarer leur garantie nonobstant le flou juridique à leur sujet.

assortie de la garantie, se trouvent réduits en simples créanciers chirographaires. Si la déclaration de créance est alléguée par rapport à une déclaration de créance d'un créancier privilégié, elle doit néanmoins être impérativement faite, car c'est la condition *sine qua non* de l'exercice du droit de rétention.

C'est pourquoi, il pourra être établi à propos du désintéressement deux éléments : d'une part, celui-ci est rapide(1) et d'autre part, il est complet(2), chose particulièrement étonnante et en cas d'ouverture de procédures collectives d'apurement du passif contre un débiteur défaillant.

1. Le désintéressement rapide du rétenteur

628. L'ouverture de la procédure collective en droit OHADA débute au sens large par le règlement préventif, période lourde de conséquences pour les créanciers. Il s'agit en quelque sorte de figer la situation du débiteur et c'est pourquoi il règne une certaine paralysie des actes des intéressés à la procédure collective.

Cependant, l'article 149 de l'AUPCAP ouvre la porte à une exception importante. Il dispose en son alinéa 1^{er} que « *Le syndic, autorisé par le juge-commissaire, peut en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur.* ». Cet alinéa permet au rétenteur d'être payé par le débiteur ou l'administrateur judiciaire dans l'hypothèse où ces derniers désireraient récupérer le bien. Cette exception qui heurte le principe de l'égalité des créanciers trouve néanmoins une justification. Le retrait contre paiement se justifie par le fait que le bien soit nécessaire à la continuation de l'entreprise. Pour autant, ce retrait doit répondre à deux conditions essentielles pour pouvoir être effectué. Le retrait doit être justifié par la poursuite de l'activité.

Ensuite, il doit être autorisé par le juge-commissaire même si ce dernier ne peut se prononcer sur la régularité de la rétention invoquée par le créancier. Mais ce retrait peut très bien avoir pour but la vente du bien obtenu des liquidités. Le créancier rétenteur est donc très largement favorisé, car il ne rentre pas en concours avec d'autres créanciers, il est en quelque sorte hors concours. Il s'est toutefois posé un problème avec les créanciers de la masse ou contre la masse de l'article 117 de l'AUPCAP. Ces créanciers doivent être payés à l'échéance de leur créance, malgré l'ouverture de la procédure collective. Cette polémique doit être avortée dans l'œuf, car la mise en œuvre de l'article 149 implique de facto que le rétenteur soit payé même en présence de créanciers postérieurs, car toute autre solution aboutirait à vider cette disposition de tout sens.

629. Dès la période de règlement préventif, les créanciers rétenteurs ont des prérogatives qui surclassent celles de leurs homologues titulaires de garanties efficaces, mais moins puissantes. Par exemple, ils peuvent obtenir le paiement d'une créance antérieure à la différence de tous les autres créanciers antérieurs. La rétention a pour conséquence un paiement rapide du créancier. Il faut noter qu'un arrêt de la Cour de cassation est venu poser une limite à la suprématie du droit de rétention. Dans une décision en date du 13 novembre 2001, la Chambre commerciale de la Cour de cassation française a refusé de reconnaître au commissionnaire de transport un droit de rétention pour le paiement de créances ultérieures conformément à l'article L. 621-24 ancien du Code de commerce (nouvel art. L 622-7), dans la mesure où la marchandise retenue avait été remise après le jugement d'ouverture de la procédure collective⁷⁶⁷. La solution se justifie pourtant pour différentes raisons : d'une part, l'article L.621-50 ancien du Code de commerce (nouvel art L. 622-30) prohibe toute inscription de sûreté ou privilège après le jugement d'ouverture de la procédure collective pour garantir le paiement d'une dette antérieure. Dès lors, il est logique que le droit de rétention ne puisse être possible dans la mesure qu'il est constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective pour garantir une dette antérieure.

630. D'autre part, admettre une telle rétention, alors que la poursuite de l'activité est autorisée pendant la période d'observation, aboutirait à rendre illusoire le paiement des créanciers de l'article L. 621-32(nouvel art. L. 622-17). Les chances de succès d'un plan de redressement n'en seraient que plus minces.

Si certains auteurs se sont félicités d'une telle décision qui fait valoir la prééminence de la procédure collective sur le droit de rétention⁷⁶⁸ d'autre l'ont fermement décriée⁷⁶⁹ considérant que la solution est « *contra legem* ». Les hauts magistrats ont estimé que le droit de rétention constitué par le commissionnaire de transport, qui avait reçu les marchandises après le jugement déclaratif pour le paiement de créances antérieures, doit être frappé de nullité conformément à l'article L. 622 -7, alinéa 1 du Code de commerce. Cet article qui frappe de nullité les paiements de créances antérieures est considéré comme inopportun par l'auteur dans la mesure où cette motivation des juges ne tient pas compte de l'alinéa 3 du même article qui autorise, le paiement de créance antérieure et le retrait du gage. Pourtant, la solution selon d'autres auteurs est judicieuse, car elle condamne « *la pratique du droit de rétention utilisé à*

⁷⁶⁷ V. cass. com., 13 nov. 2001, Dr. et patr., avr. 2002, p. 101, n° 3073, obs. M.- H. MONSÈRIÉ-BON.

⁷⁶⁸ V. J.- L. COURTIER, obs., sous cass. com., 13 nov. 2001, Rev. Huiss., 2002

⁷⁶⁹ V. M. CABRILLAC, obs., sous cass. com., 13 nov. 2001, JCP éd. G., 2002, I, 144

retardement pour contourner l'interdiction des paiements de l'article L. 622-7 du Code de commerce»⁷⁷⁰. Cette solution nous semble idoine, car elle égalise un tant soit peu les inégalités entre les différents créanciers soumis à la même discipline collective

Si la décision du 13 novembre 2001 a fait couler beaucoup d'encre au sein de la doctrine, il convient de noter que cette seule ombre au tableau du droit de rétention est de portée limitée dans la mesure où la détention est en général concomitante à la conclusion du contrat. C'est pourquoi, mis à part cette limite, le rétenteur est en position de force pour bénéficier d'un paiement rapide.

Une autre prérogative est attachée au droit de rétention : il permet un désintéressement complet.

2. Le désintéressement complet du rétenteur

631. Le créancier qui jouit d'un droit de rétention a, à sa disposition, une technique juridique efficace afin de recouvrer la totalité de sa créance. Si pour les sûretés réelles classiques, il existe des disparités de rang, de délai et de volume de paiement entre les diverses catégories, de créanciers titulaires de sûretés lors des phases de redressement, judiciaire ou de liquidation judiciaire, celles-ci sont tout à fait étrangères aux créanciers rétenteurs. Ceux-ci pourront être complètement désintéressés en cas de redressement judiciaire(a), comme en cas de liquidation judiciaire (b).

a. Le désintéressement complet dans le redressement judiciaire

632. Les hypothèses de redressement judiciaire sont de deux ordres, soit l'entreprise fait l'objet d'un plan de continuation, soit elle fait l'objet d'un plan de cession. Nous verrons que dans chacune des situations les règles applicables diffèrent selon qu'il s'agisse d'un plan de continuation (α) ou d'un plan de cession (β).

⁷⁷⁰ V. M.- H. MONSÈRIÉ-BON, obs., *op. cit.*

α. Le plan de continuation

633. Que se passe-t-il lors de l'adoption d'un plan de continuation pour le créancier rétenteur ? Quelle est l'incidence de cette adoption sur son paiement ? Si l'article 112 de l'AUPCAP fixe les délais de paiement du plan, il ne fixe en aucun cas le sort du rétenteur. C'est pourquoi seul un raisonnement par analogie par rapport à la période de liquidation⁷⁷¹ peut être fait. Ainsi, le créancier peut retenir le bien gagé et le seul moyen pour le débiteur et le syndic qui assure la continuation de l'activité de le récupérer est de payer le rétenteur.

Par conséquent, puisqu'il y a une application des solutions de la période de liquidation au plan de continuation, il peut en être tiré la même conclusion, c'est-à-dire que le rétenteur est le grand vainqueur de la procédure collective. Il va être désintéressé non seulement rapidement, mais en outre complètement ; à défaut, il conserve le bien et ne le rend pas au débiteur qui doit s'acquitter de sa dette⁷⁷².

Il convient maintenant de s'intéresser au sort du rétenteur dans le cadre de l'adoption d'un plan de cession.

β. Le plan de cession

634. Le plan de cession appartient aux différents modes de redressement de l'entreprise. Il vise à maintenir l'activité et la survie de l'entreprise, mais entre les mains d'une personne autre que le débiteur : le cessionnaire. Le législateur, conscient des difficultés liées à la cession de l'entreprise, a édicté toute une série de dispositions afin d'éclairer les juges sur les modalités de cette transmission d'entreprise. En ce qui concerne les créanciers garantis, il a prévu leur règlement par l'article 131 alinéa 4 AUPCAP. Cet article organise le paiement des créanciers titulaires de sûretés réelles. Cependant, le texte est muet quant au statut des créanciers rétenteurs. Le législateur n'avait pas pris soin de définir leur sort ou du moins l'a fait de façon incidente dans l'article 67 de l'AUS qui dispose que « *le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté...* ». En France, la Cour de cassation a dû trancher le problème; elle l'a fait tardivement et dans l'intervalle il fallut se contenter des solutions données par des juges du fond.

⁷⁷¹ V. art 149 AUPCAP.

⁷⁷² V. article 67 AUS.

635. Dans une première décision relative au problème, ce sont les juges lillois qui ont été amenés à statuer sur le sujet. Dans un jugement en date du 27 mai 1988, le tribunal de commerce de Lille⁷⁷³ a livré une analyse pour le moins contradictoire. Dans leurs motivations, les juges ont commencé par affirmer que le droit de rétention ne pouvait en aucun cas être purement et simplement écarté par un plan de cession. Pour autant, et c'est à ce niveau que la contradiction apparaît, ils ont ajouté que le complet paiement n'était pas nécessaire. Ils sont arrivés à ce résultat parce qu'ils ont cherché à réaliser à l'époque une coordination entre deux textes, à savoir entre l'article L.621-96, alinéa 1(nouvel art. L. 642-12), et l'article L.622-21, alinéa 4(nouvel art. L. 642-25), du code de commerce. Ainsi, l'article L. 621-96, alinéa 1, prévoit que « *lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une quote-part du prix est affecté par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence* ». Dans l'espèce jugée, la quote-part de chacun des créanciers avait été fixée, mais ces derniers exercèrent leur droit de préférence et subirent le concours des autres créanciers. Quant à l'article 622-21, alinéa 4, il est spécifique à la liquidation judiciaire. Il prévoit que lorsqu'il est procédé à la vente d'un bien grevé d'un droit de rétention, il s'exerce un report de plein droit du droit de rétention sur le prix de vente et ce, par le mécanisme de la subrogation réelle. Les juges lillois en ont déduit que le créancier rétenteur bénéficiait d'une quote-part du prix de cession et que le droit de rétention se reportait sur cette quote-part.

636. La Cour d'appel de Nancy dans un arrêt en date du 12 janvier 1995⁷⁷⁴ a entretenu les errements de la jurisprudence. Les juges ont conclu au report du droit de rétention sur la quote-part du prix correspondant aux stocks gages. Ainsi, en l'état, il régnait une grande incohérence dans les solutions et pourtant la position des juges se maintenait. Tous les observateurs attendaient une prise de position de la Cour de cassation visant à fixer le droit. Ce fut fait à l'occasion du pourvoi contre la décision de la Cour d'appel de Nancy dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 mai 1997⁷⁷⁵.

637. En l'espèce, il s'agissait de savoir si le créancier qui bénéficiait d'un gage avec dépossession sur des biens compris dans le plan de cession devait subir l'application de l'article L.621-96, alinéa 1, du Code de commerce, c'est-à-dire la réduction de sa garantie à

⁷⁷³ Trib. com., Lille 27 mai 1988, Rev. proc. coll., 1989, p. 176, n° 14, obs. B. SOINNE.

⁷⁷⁴ CA Nancy, 12 janv. 1995, Rev. proc. coll., 1996, p. 107, n° 24, obs., B. SOINNE.

⁷⁷⁵ Cass. com., 20 mai 1997, D., 1997, som., p. 312, obs., A. HONORAT.

une simple quote-part. En première instance, le tribunal de commerce d'Épinal, par un jugement en date du 8 novembre 1999 avait tranché en défaveur des gagistes rétenteurs. Ces derniers firent appel de la décision. Les juges de la Cour d'appel de Nancy ont confirmé la décision des juges du fond en précisant que le fait que les créanciers rétenteurs entendaient opposer leur droit de rétention au repreneur était « contraire à la lettre de l'article L. 621-96 de la loi du 25 janvier 1985, dont l'alinéa 1, en visant le nantissement, s'applique au gage avec ou sans dépossession comme à son esprit, dès lors que le plan de cession d'une entreprise a pour but d'assurer le maintien d'une activité économique, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et enfin d'apurer le passif dans la mesure du possible ».

638. En confirmant le jugement, les juges Nancéens ont déduit que le report du droit de rétention s'exerçait uniquement sur la quote-part du prix de cession fixé par le tribunal et non sur la totalité de la valeur du gage.

La Chambre commerciale tranche le problème, mais, dans le sens d'une grande faveur à l'égard des créanciers gagistes rétenteurs. Elle énonce dans un arrêt de principe : « attendu que la cession de l'entreprise par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de disposition légale en ce sens, le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le montant du paiement de la créance qu'il a déclaré, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence ». Par cette décision, la Cour de cassation française améliore considérablement le sort des gagistes rétenteurs. Elle consacre l'effet absolu, tout en étant primaire, du droit de rétention en tant que « force invincible⁷⁷⁶ ». Le rétenteur ne peut d'aucune façon être contraint de se contenter d'une simple quote-part, il a droit à un paiement intégral. Par conséquent, cette décision consacre le caractère supérieur du droit de rétention que celui-ci soit autonome ou pas et écarte l'application des articles 131 alinéa 4 et 162 de l'AUPCAP.

639. Il est un autre problème qu'il convient de soulever et qui œuvre une nouvelle fois en faveur du créancier rétenteur. Les dires de la Cour de cassation mettent en évidence la nécessité de la déclaration de créance de la part du rétenteur. Cependant, qu'advient-il de sa

⁷⁷⁶ Cass. com., 20 mai 1997, D., 1997, som., p. 312, obs., A. HONORAT.

créance en cas d'oubli de cette modalité. L'objectif du législateur étant de, semer d'embûches le parcours du créancier dans le but de favoriser le redressement de l'entreprise; il aurait été logique d'en déduire qu'en cas de non-respect de la déclaration de créance le rétenteur n'ayant plus de créance, il perdait son droit de rétention. Or, il n'en est rien. La haute juridiction française a décidé que peu importe l'absence de déclaration de créance au passif, le rétenteur ne peut en aucun cas se voir privé de son droit de rétention⁷⁷⁷. Cette solution pour le moins originale s'explique dans la mesure où le créancier rétenteur reste créancier jusqu'au complet paiement de sa créance.

640. Cet exemple met une fois de plus en exergue la volonté des juges de protéger et de conforter le droit de rétention. Pour autant, ce n'est pas la seule hypothèse de protection exacerbée des droits du rétenteur. Le conflit avec les créanciers de l'article 117 (L. 622-17) en est un autre exemple.

641. Le législateur OHADA tout comme son homologue français avec la loi du 10 juin 1994 a voulu donner une certaine priorité à une catégorie de créancier. Il s'agit des créanciers postérieures ou contre la masse prévus par l'article 117 de l'AUPCAP qui dispose que « Toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds ».

642. Dès lors, cette modification allait-elle avoir des conséquences sur le sort du rétenteur ? A priori, on pourrait répondre par la négative vu que pour retirer le bien il faudrait nécessairement désintéresser le créancier rétenteur (gagiste ou autonome). Ceux-ci sont toujours favorisés, même par rapport aux créanciers postérieurs. Tout comme, les créanciers super-privilegiés ne sauraient devancer les rétenteurs.

643. Ensuite, il convient de s'attarder sur le sort du droit de rétention fictif, même si ce n'est pas expressément prévu par l'AUS comme en droit français. Il est des hypothèses où le rétenteur possède bien le droit de rétention, mais n'a aucune main mise physique sur le bien. Il ne le détient pas matériellement. L'exemple le plus significatif est celui d'un gage

⁷⁷⁷ Cass. com., 20 mai 1997, D., 1998, p. 479, note F. KENDERIAN.

(nantissement) de véhicules automobiles. Mais ce n'est pas la seule hypothèse de rétention fictive. Il est un cas récent, il s'agit des nantissements de comptes d'instruments financiers.

644. La Cour de cassation française avait déjà été amenée à trancher ce problème dans une affaire relative d'un véhicule automobile et elle avait opté pour le report du droit de rétention fictif sur le prix du véhicule⁷⁷⁸. Mais dans une décision plus récente⁷⁷⁹, elle remet en cause ce report automatique. À la société rétentrice des documents administratifs des véhicules objet du nantissement qui sollicitait un report de ce droit de rétention sur le prix de vente des dits véhicules, les hauts magistrats opposèrent un refus. Il justifie leur décision par le fait que « *le droit de rétention du prêteur sur des documents administratifs relatifs à des véhicules ne s'étend pas aux véhicules eux-mêmes et qu'il n'en résulte aucun droit pour le prêteur de se faire attribuer le produit de la vente de ces véhicules* ». Ils précisent toutefois leur décision de rejet de la requête de société rétentrice par le fait qu'il « *n'était pas allégué que le gage consenti par le débiteur sur lesdits véhicules avait fait l'objet d'une inscription sur le registre spécial prévu à cet effet, inscription qui seule le rendait opposable au liquidateur* ». Ainsi, si le créancier avait pris la peine de procéder à cette formalité, il aurait été titulaire d'un droit de rétention, certes fictif, sur les véhicules eux-mêmes. Or, en cas de vente de ces véhicules, un tel créancier rétenteur dispose d'un droit de préférence exceptionnel. En effet, l'article 70 de l'AUS⁷⁸⁰ in fine lui permet de reporter son droit sur le prix de vente qui doit être consigné.

645. Il est donc logique que cette jurisprudence soit applicable à tous les créanciers rétenteurs titulaires d'une dépossession effective ou virtuelle. En conséquence, en cas de conflit entre un rétenteur fictif et un créancier super privilégié, c'est le droit de rétention fictif qui va primer. Le seul intérêt de différencier les deux droits de rétention est l'hypothèse où existe un conflit entre les deux types de rétention. Dans ce cas, comme l'a été précédemment signalé, le réel supplantera toujours le fictif. À défaut de conflit, le créancier titulaire d'un droit de rétention fictif doit nécessairement avoir les mêmes droits que le créancier titulaire d'un droit de rétention réel. Aucun texte légal ou réglementaire ne suggère une solution différente. C'est pourquoi il faudrait parvenir à une application uniforme à laquelle il ne devrait plus être dérogé.

⁷⁷⁸ Cass. com., 15 oct. 1991, Bull. civ. IV, n° 288 ; Rev. Banque, 1992, p. 102, obs., J.- L. RIVES-LANGE.

⁷⁷⁹ Cass. com., 26 mars 2013, Gaz. Pal., 13 juin 2013, n° 164, p. 21, obs., M.-P. DUMONT-LEFRAND.

⁷⁸⁰ V. pour l'équivalence art. L. 642-20-1 alinéa 3 du Code de commerce français.

646. Par conséquent, le créancier rétenteur doit être intégralement désintéressé. Il ne doit subir aucune réduction de son droit. Il a quand même fallu attendre cette décision de la Cour de cassation du 20 mai 1997 pour en être assuré, tant le silence légal laissait perplexe.

647. La situation du rétenteur reste plus que confortable en ce qui concerne la protection de ses droits, lors de l'adoption d'un plan de cession.

Il doit nécessairement être intégralement désintéressé et ne peut en aucun cas voir ses droits cantonnés à une simple quote-part. Le paiement intégral est la seule cause d'extinction de sa créance. Ainsi, en phase de cession judiciaire, le rétenteur doit être intégralement payé pour qu'il se dessaisisse du bien. Toutefois, ce n'est pas le seul moment de la procédure où les droits du rétenteur sont protégés, lors de l'adoption d'un plan de continuation, un constat identique avait déjà été dressé : le rétenteur devait recevoir toutes les sommes dues.

Le rétenteur ne subit aucune restriction quant à ses droits, pas plus qu'il ne consent de sacrifice, ni en période d'ouverture de la procédure judiciaire, ni en phase de continuation, ni en phase de redressement et ni en phase de cession judiciaire. Tout permet d'extrapoler qu'il sera également entièrement désintéressé en période de liquidation judiciaire de l'entreprise.

b. Le désintéressement complet dans la liquidation judiciaire

648. La liquidation judiciaire suppose la mort de l'entreprise ; lorsqu'aucun moyen ne peut la sauver, il vaut mieux la liquider. Cependant, tout comme pour les autres phases de la procédure, il convient de se demander quels sont les droits des rétenteurs lorsque la liquidation judiciaire est prononcée. Ceux-ci sont-ils toujours favorisés ou exceptionnellement devront-ils être soumis à la discipline collective ? Puisqu'il est devenu impossible de sauver l'entreprise, rien ne saurait justifier que la liquidation judiciaire soit la phase où les sacrifices sont imposés aux créanciers privilégiés. Toutefois, du point de vue de l'égalité des créanciers, une des vertus du droit des procédures collectives, un règlement des créances en équité serait parfaitement justifié. Le législateur n'a pas opté pour un règlement plus équitable. Au contraire, il a choisi de maintenir plus que jamais la préférence accordée au rétenteur. Celle-ci se fait ressentir à deux égards, d'une part quant au paiement préalable au retrait du bien(α) d'autre part quant au paiement ultérieur à la réalisation du bien(β).

α. Le paiement préalable au retrait du bien

649. Dès la période de règlement préventif, l'article 149 AUPCAP pose une exception à l'interdiction des paiements. Alors que s'ouvre la procédure collective, le seul créancier antérieur à pouvoir être réglé est le rétenteur et il doit l'être dans l'intégralité de sa créance. Cette faculté opère également dans les phases suivantes de la procédure et plus précisément lors du redressement judiciaire, c'est-à-dire en cas de plan de continuation ou de plan de cession. Lors de la phase liquidative de l'entreprise, la règle est la même. En effet, l'article 149 précise que « *Le syndic, autorisé par le juge-commissaire peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage ou le nantissement constitué sur un bien du débiteur* ». Le bien ne peut donc être retiré qu'en cas de paiement intégral du créancier rétenteur. Tout comme le créancier gagiste disposant d'un droit de rétenteur, le rétenteur autonome s'en sort honorablement de la discipline collective. Comment alors ne pas faire un lien avec le droit de rétention : si ces deux garanties réelles sont si bien loties ; c'est en raison de la maîtrise physique (effective) ou virtuelle qu'elles possèdent sur le bien. Par conséquent, le rétenteur sera payé intégralement, car à défaut il n'a pas à rendre le bien. Mais à la différence de la période, de règlement préventif ou de redressement judiciaire, lors de la liquidation judiciaire le retrait du bien ne se justifie nullement parce qu'il est essentiel pour la continuation de l'activité.

En ce qui concerne le paiement de son dû, le rétenteur ne doit subir aucune restriction. Il ne peut en aucun cas être obligé de rendre le bien s'il n'a pas obtenu un désintéressement complet. Il peut en être déduit que tout au long de la procédure collective, le créancier rétenteur est le grand vainqueur, car il domine tous les autres créanciers privilégiés. Il est le seul à être « hors concours ». Pour l'instant, il a été envisagé sa situation que par rapport au paiement antérieur au retrait du bien ; il faut aussi l'analyser par rapport au paiement ultérieur à la réalisation du bien.

β. Le paiement ultérieur à la réalisation du bien

650. Il est des hypothèses où le liquidateur ne retire pas le bien retenu. Dans ce cas, le créancier est autorisé, dans les trois mois du jugement de liquidation judiciaire, à réaliser sa sûreté. Dans cette hypothèse en vertu des articles 149 de l'AUPCAP et 70 in fine de l'AUS, le

droit de rétention est reporté de plein droit sur le prix, même s'il existe des droits préférables à celui du rétenteur.

En se plaçant en perspective de ce qui a été relevé à propos du gage, il apparaît que le droit de rétention, tout comme le gage, est une garantie redoutablement efficace et difficile à vaincre dans le cadre d'une procédure collective. C'est pourquoi un auteur en a déduit que » par rapport au droit commun, les procédures collectives constituent pour le droit de rétention, le cadre d'efficacité maximum⁷⁸¹. Le rétenteur est un créancier hors norme. Il jouit d'une situation plus avantageuse qui lui assure la quasi-certitude d'être payé intégralement et rapidement. En effet, il a été mis en exergue ces deux caractéristiques, d'abord parce que le paiement peut être rapide, à savoir qu'il peut avoir lieu dès la période d'observation et ensuite parce que le paiement doit être complet et ce, peu importe le moment de la procédure pour qu'il rende le bien retenu. Le droit positif semble avoir entériné le fait que le créancier rétenteur ne doive subir aucune restriction à ses droits. Par conséquent, il est le seul à sortir dignement de la discipline collective, mais pour la bonne raison qu'il a la mainmise sur le bien. Compte tenu de la portée redoutable du droit de rétention, cette technique est amenée à jouir d'une grande ferveur parmi les créanciers qui recherchent une garantie efficace les assurant de pouvoir immanquablement rentrer dans leurs fonds. Ce droit est source d'avantages considérables quant à sa mise en œuvre et il est en outre très protecteur des droits pour son détenteur.

Dans un des développements, la simplicité de création du droit de rétention a été mise en évidence, notamment par rapport au formalisme pointilleux auquel sont soumises les sûretés réelles classiques. Il apparaît que la détention ou plus précisément la rétention est une source de sécurité pour le créancier qui bénéficie d'un moyen de coercition à l'encontre du débiteur, en raison de la maîtrise physique qu'il a sur le bien.

651. La propriété retenue à titre de garantie de la créance tout comme le droit de rétention ont vu leur régime renforcé pour la première et pratiquement réécrit pour le second. Ces amendements peuvent être diversement interprétés, mais nous retiendrons un avancement notable dans le renforcement de la force de ces garanties aussi bien dans leur constitution que dans leur mise œuvre.

⁷⁸¹ N. ROMÉO, *Le droit de rétention et les procédures collectives*, Mémoire DEA, Droit privé, Nice, 1999, cité par S. ZÉPI, *op. cit.*, n° 1314.

Cette efficacité du droit de propriété utilisée à titre de garantie est attestée par l'élargissement des possibilités d'utiliser la propriété comme garantie à travers l'introduction dans l'AUS de la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent.

Section 2. L'organisation efficace de la transmission et de la cession de propriété à titre de garantie

652. Il s'agit d'une des innovations du nouvel Acte, la consécration de la propriété cédée à titre de garantie⁷⁸². Deux hypothèses sont envisagées. Il peut s'agir de la cession de créance à titre de garantie ou du transfert fiduciaire de somme d'argent.

653. Méconnue dans le précédent AUS, les garanties constituées sur la base de l'usage du droit de propriété font leur entrée remarque dans le nouveau dispositif à travers la consécration tour à tour de la cession de propriété à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent.

Ces garanties à première vue augurent d'une certaine efficacité au regard de la souplesse de leur régime (§. 1) et du sort privilégié qui est accordé au créancier qui en est titulaire dans le recouvrement rapide de sa créance autrement dit dans la réalisation de sa sûreté (§.2).

§.1. La souplesse de leur régime respectif

654. La cession de créance à titre de garantie (A) et le transfert fiduciaire de somme d'argent (B) font figure dans l' AUS de garantie à part. En effet, l'obligation qui pèse désormais sur toutes les sûretés réelles quant à leur inscription au RCCM ne s'applique pas au transfert fiduciaire de somme d'argent. En sus, le législateur s'inspirant en cela du droit français a relativement simplifié leur mode constitution cela afin d'obéir à la célérité du monde des affaires.

⁷⁸² V. Y. R. KALIEU ELONGO, « Propriété cédée ou retenue à titre de garantie », *op. cit.*, n° 20 et s., p. 1446 et s.

A. La cession de créance à titre de garantie

655. Elle est régie par les Articles 79 à 86 du nouveau texte et vise la propriété d'un bien actuel ou futur. À cet égard, l'Article 79 dispose que, « *la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes...* ».

656. Le souci de développer la pratique du crédit dans l'espace OHADA afin de mieux contribuer au financement de l'économie, et donne au développement des États parties, a conduit le législateur OHADA à autoriser la constitution à titre de sûreté de la cession des créances futures, à la condition que l'acte de cession permette leur individualisation ou contienne des éléments facilitant cette individualisation, tels par exemple que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance⁷⁸³.

657. En pratique, la cession de créance à titre de garantie d'un crédit est une opportunité notamment pour les acquéreurs immobiliers qui peuvent ainsi céder leurs créances de loyers résultant de la location d'immeubles acquis sur financement bancaire. Elle peut être donc l'idéal complément, à défaut de se substituer, de la délégation de débiteur de loyers, du nantissement de créance de loyers⁷⁸⁴.

658. Désormais, la créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit. Cependant, il convient de préciser que si toute personne peut avoir la qualité de cédant ou cédée, il n'en va pas de même du cessionnaire qui ne peut être qu'un établissement de crédit, dès lors que le cessionnaire doit être une personne morale faisant à titre de profession habituelle des opérations de banque ou de crédit. Peu importe qu'il s'agisse d'une personne morale nationale ou étrangère : le cessionnaire ne peut donc être une personne physique.

⁷⁸³ V.art. 81 AUS.

⁷⁸⁴ V. dans ce sens M. SAKHO, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter, les diligences à respecter », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 481 et s., spéc., p. 485.

659. Et pour garantir certainement le crédit, le nouvel Acte rend inopposable au cessionnaire, et donc à l'établissement de crédit, l'incessibilité de créance qui aurait été prévue dans la convention.

660. Pour sa formation, l'Acte exige un écrit avec des mentions, sous peine de nullité. La cession de créance à titre de garantie prend immédiatement effet, dès sa conclusion, entre les parties. Mais à la différence de la cession DAILLY en droit français, il ne devient opposable aux tiers qu'à compter de son inscription au RCCM.

661. Quant à l'opposabilité de la cession au débiteur cédé, les dispositions de l'article 84 rappellent les prescriptions de l'article 1690 du Code civil relatives à la cession de créance de droit commun, dès lors que l'Acte subordonne l'opposabilité à la notification de la cession au débiteur cédé, sauf s'il est intervenu à l'acte de cession. À défaut, le paiement de la créance est reçu valablement par le cédant. Il faut relever que le cessionnaire peut demander au débiteur de la créance cédée, de s'engager à le payer en acceptant la cession. Encore faut-il que celui-ci soit un débiteur professionnel, c'est-à-dire, un débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles⁷⁸⁵.

662. L'acceptation du débiteur cédé emporte pour lui renonciation aux exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant. Mais l'acceptation doit, à peine de nullité, être constatée par un écrit intitulé « *Acte d'acceptation d'une cession de créance à titre de garantie* ».

L'Acte uniforme fait de l'intitulé de l'acte d'acceptation une condition de validité de l'acceptation de la cession. Qu'en est-il lorsque le débiteur accepte sans équivoque la cession, mais que le titre fait défaut ou qu'il est incomplet ?

À s'en tenir à l'Acte Uniforme, cet Acte est nul et il y a lieu de considérer qu'il n'y ait jamais eu engagement pour le débiteur de payer directement.

Il aurait peut-être simplement fallu se limiter qu'au contenu de l'écrit plutôt qu'à l'intitulé et la reproduction de l'article 85, encore qu'on ne sache pas ce qu'il faut reproduire, l'intégralité des deux alinéas ou l'alinéa 2 ? Les rédacteurs auraient dû rédiger en caractère suffisamment

⁷⁸⁵ V. art. 3 AUS.

apparent les dispositions à reproduire⁷⁸⁶ comme cela s'est fait pour la constitution du transfert fiduciaire de somme d'argent.

B. L'établissement du transfert fiduciaire de somme d'argent

663. Réglementé par les Articles 87 à 91 de l'Acte Uniforme, cette sûreté est définie comme une « *convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* ». À travers la consécration de cette garantie le législateur OHADA se distingue⁷⁸⁷ nettement du législateur français qui ne l'a pas adopté, mais fait surtout un grand pas vers la consécration potentielle de la fiducie⁷⁸⁸ sûreté dans un futur que nous croyons proche. En effet, en précisant en son article 87, que les fonds cédés par le constituant en garantie de l'exécution de l'obligation dont il est débiteur, « *doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir* », l'AUS semble bien régir une fiducie sûreté avec dépossession, qui confère une exclusivité⁷⁸⁹ totale au créancier sur le patrimoine fiduciaire.

664. Il s'agit donc de la sûreté sur somme d'argent et l'utilisation du mot « constituant » à la place de celui de débiteur ouvre la possibilité pour un tiers de se substituer au débiteur pour transférer une somme d'argent en garantie de la dette de ce débiteur.

665. Le transfert fiduciaire de somme d'argent est donc en réalité une sûreté sur somme d'argent qui suppose un transfert de la propriété des fonds affectés en garantie au créancier bénéficiaire. C'est ce qui explique que les fonds soient inscrits sur un compte

⁷⁸⁶ V. K. M. BROU, *op. cit.*

⁷⁸⁷ V. P. CROCQ, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Dr. & patr.*, n° 197, novembre 2010, p. 78 et s., spéc., p. 84. La réglementation de cette sûreté qui ne figure même pas au sein du droit français, car la proposition effectuée par la commission « Grimaldi » de réglementer cette dernière sous la forme d'un nantissement de monnaie scripturale n'ayant pas été reprise dans l'ordonnance du 23 mars 2006.

⁷⁸⁸ V. dans ce sens, S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, th., Paris – Est, 2012, n° 445.

⁷⁸⁹ V. art. 91 al. 2 de l'AUS qui consacre cette exclusivité en disposant que : « En cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ».

bloqué, ouvert au nom du créancier de l'obligation garantie, et non du constituant⁷⁹⁰. Ainsi, le constituant n'étant pas le titulaire du compte, il ne peut pas disposer des fonds et les droits du créancier bénéficiaire sont protégés. Encore faut-il que le transfert fiduciaire soit valablement constitué, conformément à l'Acte uniforme. En effet, la convention portant transfert fiduciaire doit non seulement déterminer la créance garantie, mais également le montant des fonds cédés à titre de garantie et identifier le compte bloqué.

666. L'opposabilité de la sûreté n'est pas soumise à son inscription au RCCM⁷⁹¹, mais plutôt à sa notification à l'établissement de crédit, teneur de compte bloqué. Ce qui en fait une vraie sûreté occulte. Pour les créanciers notamment banquiers, cela réduit les coûts de constitution en conséquence ceux de transaction.

667. Dans les faits, le transfert fiduciaire ressemble étrangement à un gage avec dépossession⁷⁹² puisque l'établissement de crédit ici peut avoir la double casquette de créancier et de teneur de compte puisqu'aucune interdiction n'est prévue par l'Acte uniforme dans ce sens⁷⁹³. Cette éventualité a d'ailleurs été précisée par l'un d'un rédacteur illustre de la réforme de l'AUS de 2010 qui a confirmé qu'il n'était pas dans l'intention des membres de la commission de rédaction d'exclure une telle possibilité⁷⁹⁴. Le banquier teneur de compte en même temps créancier au titre, par exemple, d'un crédit à moyen terme, peut donc être valablement bénéficiaire du transfert fiduciaire.

668. Les droits du constituant semblent être protégés au cas où les fonds cédés produiraient des intérêts, dès lors que ces derniers sont portés au crédit du compte. Cependant, les parties peuvent en convenir autrement. De même, le créancier bénéficiaire de la sûreté ne peut disposer des fonds puisqu'ils figurent sur un compte bloqué et qu'à priori son déblocage ne peut avoir lieu que dans les conditions prévues par l'article 91, c'est-à-dire à l'échéance.

⁷⁹⁰ V. art. 87 al. 2 AUS.

⁷⁹¹ V. Articles 88 à 90 AUS.

⁷⁹² V. dans ce sens M. K. BROU, « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », *op. cit.*

⁷⁹³ V. dans ce sens M. SAKHO, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter, les diligences à respecter », *op. cit.*, p. 487.

⁷⁹⁴ V. dans ce sens M. SAKHO, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter, les diligences à respecter », *op. cit.*, p. 487. Il rapporte la confirmation du professeur P. CROCCQ l'un des rédacteurs principaux de la réforme de l'AUS adopté en 2010, lors du Séminaire sur la réforme du droit des sûretés OHADA et le droit commercial général OHADA, organisé à Porto Novo, Cotonou, par la Banque Mondiale et l'École Régionale Supérieure de la Magistrature du 12 au 16 juillet 2011.

§.2. L'efficacité dans leur réalisation

669. Que le débiteur soit in bonis ou soumis à une procédure collective d'apurement de son passif, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent ne souffrent d'aucune entrave majeure dans le désintéressement rapide du créancier bénéficiaire. elles connaissent une réalisation rapide lorsque le débiteur est in bonis (A) et une résistance avérée à la discipline collective (B).

A. Une réalisation rapide lorsque le débiteur est in bonis

670. Concernant la cession de créance, en tout état de cause, l'AUS, à travers son article 86, édicte un principe, celui de la réalisation compensation de la sûreté. En effet, lorsque la créance garantie est échue, les paiements faits au cessionnaire produisent les effets d'une compensation, les créances de celui-ci et du cédant s'éteignant jusqu'à concurrence de la plus petite. C'est pourquoi lorsque la créance du cédant est supérieure à celle du cessionnaire, le surplus en cas de réalisation de la garantie lui est reversé.

671. Pour le transfert fiduciaire de somme d'argent, la réalisation est aussi rapide. L'AUS prévoit qu'à l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant⁷⁹⁵. Et faute de paiement et huit jours après que le constituant en a été averti, le créancier peut se faire remettre les fonds objet du transfert fiduciaire⁷⁹⁶ sans aucune autre formalité. Ces solutions édictées par l'Acte et qui sont relatives au dénouement de la sûreté sont d'ordre public, et toute clause contraire est réputée non écrite⁷⁹⁷.

B. Une résistance à la discipline collective

672. L'efficacité de la cession de créance et du transfert fiduciaire de somme d'argent est relativement bien assurée par l'AUS en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

⁷⁹⁵ Cf. art 91 alinéa 1^{er}.

⁷⁹⁶ Cf. art. 91 alinéa 2.

⁷⁹⁷ Cf. art. 91 alinéa 3.

En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur, les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale (privilege spécial, hypothèque, nantissement) sont soumis de la même manière que les créanciers chirographaires à la discipline de la procédure. L'ouverture de la procédure fragilise momentanément voire évince définitivement l'application de toutes les sûretés que le créancier s'était vu consentir.

673. On rappellera en effet que toutes les créances, qu'elles soient ou non assorties de sûretés, nées avant l'ouverture de la procédure collective ne sont plus exigibles, ce qui s'oppose le cas échéant à la réalisation de la sûreté. De plus, dans le cadre de l'élaboration du plan (de sauvegarde, de redressement), les créanciers privilégiés sont traités exactement de la même manière que les créanciers chirographaires puisque des délais de paiement peuvent être imposés aux uns comme aux autres. Enfin, en cas de liquidation judiciaire, l'ordre de paiement des créanciers, institué dans l'AUPCAP fait passer bon nombre de créanciers, prioritaires aux yeux de la loi, avant ceux titulaires d'une sûreté réelle traditionnelle.

674. Cette fragilisation de la situation du créancier ne se rencontre pas dans les deux sûretés réelles suscitées, car elles permettent au créancier qui en possède d'échapper à tous les inconvénients évoqués, et notamment de se retrouver «hors concours»⁷⁹⁸ par rapport aux créanciers de la procédure collective.

Ainsi, l'effet translatif attaché à l'opération de cession de créance protège efficacement le cessionnaire en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant.

Les avantages qu'une telle sûreté confère à son titulaire, comparativement au simple nantissement de créances, sont fondamentaux en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur cédant. En effet, on l'a dit, la cession de créances en garantie attribue au cessionnaire la propriété des créances ; cela lui évite alors tous les inconvénients de la procédure collective. À l'inverse du créancier nanti, le cessionnaire n'est pas exposé aux délais de la procédure et, le cas échéant, à ceux du plan ainsi qu'au risque d'être primé par les créanciers bénéficiant de privilèges supérieurs au sien. Il est propriétaire de la créance, déjà sorti du patrimoine du cédant au moment de la faillite, et se fera donc payer par le débiteur cédé sans que l'ouverture de la procédure n'ait une quelconque incidence.

⁷⁹⁸ V. à ce propos L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op. cit.*, p. 463 et s.

675. Un temps, la jurisprudence avait, limité, à propos d'une cession de créances nées d'un contrat à exécution successive (contrat de bail, contrat d'entreprise...), l'effet translatif aux seules échéances existantes au jour du jugement d'ouverture : « *le jugement d'ouverture de procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances futures nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement* »⁷⁹⁹. Autrement dit, les échéances futures du contrat « tombaient » dans la procédure collective ; elles n'appartenaient pas à la banque cessionnaire.

Mais cette jurisprudence, fortement critiquée, a été abandonnée : il est aujourd'hui admis que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant, après la date apposée sur le bordereau *DAILLY*, ne remet pas en cause l'efficacité de la cession aussi bien pour les échéances passées que pour les échéances futures du contrat à exécution successive⁸⁰⁰. De même, il semble possible d'admettre, bien que la jurisprudence ne l'ait, semble-t-il, jamais dit, que toutes les créances futures, même celles issues d'un contrat non conclu, peuvent être transférées par la remise d'un bordereau *DAILLY*, c'est-à-dire sortir en amont du patrimoine du futur failli.

Cette jurisprudence à en point douter inspirera les juges des États parties à l'OHADA dans la préservation de l'efficacité de la cession de créance même en cas d'insolvabilité du débiteur cédé.

676. Face à la suprématie de cette sûreté, qui se distingue de toutes autres, en particulier du simple nantissement de créances, la pratique a souhaité l'utiliser dans des domaines autres que ceux explicitement autorisés par le législateur. Mais la Cour de cassation française n'a pas souhaité, à la différence du droit OHADA qui ne prévoit explicitement aucune limitation, suivre cette logique en interdisant une telle cession en dehors des cas prévus par la loi.

677. Concernant la situation d'un créancier bénéficiaire d'un transfert fiduciaire à titre de garantie, là où l'avant-projet élaboré par la commission « Grimaldi » s'était contenté de faire de cette sûreté un simple nantissement ayant pour objet des fonds figurant sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant, tout en conférant une grande efficacité à ce nantissement puisqu'il était affirmé dans deux articles de ce texte que « *ni le constituant, ni aucun tiers, ni le syndic d'une procédure d'insolvabilité, ne peut retirer les fonds nantis aussi longtemps qu'une créance garantie subsiste* » et que « *l'ouverture d'une procédure*

⁷⁹⁹ Cass. com., 26 avril 2000

⁸⁰⁰ V. Cass. com., 22 novembre 2005.

d'insolvabilité contre le constituant ou le débiteur demeure sans effet sur la réalisation du nantissement », l'article 87, alinéa 1^{er}, du projet de réforme de l'AUS va plus loin puisqu'il en fait une sûreté fiduciaire qui transfère la propriété des fonds affectés en garantie au créancier bénéficiaire de cette sûreté, ce qui apparaît clairement dans l'exigence que ces fonds soient inscrits sur un compte bloqué ouvert non pas au nom du constituant, mais au nom du créancier. Il n'est, dès lors, plus nécessaire de prévoir que le constituant ou ses créanciers ne peuvent retirer ces fonds ou qu'une procédure collective ouverte à l'encontre du constituant ne remet pas en cause l'efficacité de cette sûreté, ces différentes conséquences se déduisant du seul fait que le constituant n'est pas le titulaire dudit compte.⁸⁰¹

678. Le transfert fiduciaire de somme d'argent tout comme la cession de créance place donc leur titulaire dans une véritable situation d'exclusivité en leur évitant tout concours avec les autres créanciers⁸⁰².

⁸⁰¹ V. P. CROCQ, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *op. cit.*, p. 85.

⁸⁰² Les risques de conflits ne sont cependant pas à exclure avec des créanciers bénéficiant eux aussi de droit exclusif. V. à ce propos L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op.cit.*, p. 463 et s.

CONCLUSION DU CHAPITRE

679. Tout comme la réserve de propriété et le droit de rétention, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent connaissent une consécration remarquable et attendue au titre des nouvelles sûretés mobilières.

Ces propriétés sûretés bénéficient d'un régime efficace qui leur confère une efficacité indiscutable que le débiteur soit *in bonis* ou soumis à une procédure collective pour insolvabilité.

CONCLUSION DU TITRE

680. Le législateur communautaire n'a pu venir à bout à travers cette réforme de la lancinante question de l'égalité entre les créanciers titulaires de sûretés notamment réelles dans leur phase la plus critique à savoir au moment de leur réalisation ou lorsque le débiteur est soumis à procédure d'insolvabilité.

Ainsi, continue-t-il de persister cette différence de traitement entre les sûretés mobilières traditionnelles caractérisées par le droit de préférence reconnu à leurs titulaires et les propriétés sûretés déterminées par l'exclusivité de droit reconnue à ceux des créanciers qui en sont nantis.

681. Les atteintes à la pleine efficacité des sûretés réelles traditionnelles sont nombreuses aussi bien dans les procédures collectives en vue d'apurement du passif du débiteur que dans les voies d'exécution classiques renforçant encore plus le sentiment d'insécurité des créanciers qui en sont nantis. Pour atténuer les effets néfastes de ces procédures sur les sûretés mobilières traditionnelles, des modes de réalisation extra judiciaire censés plus rapide et plus simple tels que l'attribution judiciaire et le pacte commissaire ont vu leur utilisation étendue à presque toutes les sûretés réelles mobilières traditionnelles. Les nombreuses restrictions et les imprécisions de ces formes de réalisation laissent cependant présager d'un avenir peu radieux. La situation n'est pas meilleure même lorsque le débiteur n'est pas encore soumis à une procédure collective. En effet, les voies d'exécution prévoient un nombre innombrable de « nullité » que le recouvrement rapide de sa créance par le créancier devient un véritable traquenard. Et la difficulté est à son paroxysme si ce créancier même possédant des sûretés réelles a pour débiteur une société publique, car celle-ci bénéficie d'une immunité d'exécution.

Tout cela témoigne des choix incohérents du législateur communautaire qui en même temps qu'il recherche à susciter le développement économique à travers une augmentation de l'accès au crédit par l'usage des garanties, crée lui-même la méfiance contre ces sûretés réelles.

682. L'étude du nouveau régime de sûretés réelles nous aura permis de faire différentes constations peu reluisantes. Le passage en revue du nouvel AUS nous révèle que l'objectif poursuivi par le législateur communautaire à travers la réforme opérée en 2010 sera difficilement atteignable s'il ne songe pas à une réforme plus audacieuse, plus innovante.

En effet, cette analyse nous a permis de déceler des incohérences aussi bien dans l'organisation que dans les règles organisant la mise en œuvre des sûretés réelles.

Le législateur communautaire a résolu de conserver le caractère éclectique de notre droit des sûretés réelles tel que hérité du Code civil alors que ce modèle est de plus en plus abandonné dans un souci de simplicité et d'accessibilité.

Par ailleurs, dans leur réalisation, la discrimination entre propriétés sûretés et sûretés mobilières traditionnelles est flagrante. Instaurant une certaine réticence à faire usage de ces dernières.

Tout cela nous conforte à proposer une évolution ou révolution de notre droit des sûretés réelles vers une approche plus inclusive, plus fonctionnelle, gage de modernité, d'attractivité et d'efficacité.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

683. Si des efforts ont été accomplis par le législateur OHADA dans l'optique de redynamiser notre droit des sûretés notamment réelles, ces efforts sont toutefois assez limités dans leurs effets.

En effet, l'objectif premier de clarté et d'accessibilité qui doit sous-tendre toute rationalisation en matière de recherche d'efficacité n'est pas véritablement atteint, car les sûretés réelles en droit OHADA se caractérisent toujours par leur diversité héritée du Code civil français. Or, cette diversité est dans le contexte actuel de l'évolution interne et internationale des sûretés une forme qui tend à être abandonnée. Ainsi le législateur a consacré des sûretés réelles que nous pourrions qualifier de jumelles aussi bien dans la forme que dans le fond tel que le gage et le nantissement, qui à la faveur de la réforme intervenue en 2010, se sont fortement rapprochés voire confondus. Autres illustrations de ce manque de simplicité, la consécration de diverses propriétés sûretés telles que le transfert fiduciaire de somme d'argent ou la cession de créance à titre de garantie, qui au fond ne sont que des formes dérivées ou évoluées de l'antique fiducie⁸⁰³. À cela, il convient de faire remarquer la difficile définition des sûretés en générale et des sûretés réelles en particulier qui complexifie encore plus la lisibilité de notre droit des sûretés réelles, car toutes les sûretés réelles consacrées⁸⁰⁴ ne semblent pas correspondre à cette définition.

684. Paradoxalement et malheureusement, toutes ces réformes opérées au sein des sûretés réelles ont quasiment occulté toute cette frange de la population, pas suffisamment qualifiée ou lettrée et exerçant dans des secteurs d'activité dits informels, incapables de se procurer du crédit auprès des institutions bancaires classiques en fournissant les garanties réelles consacrées dans l'AUS. Les règles de constitution des sûretés réelles ont en effet peu ou pas évolué dans le sens de permettre leur plus grand usage par tous comme cela a été fait en matière de cautionnement avec la prise en compte de la situation de la caution illettrée ou profane.

685. Tous ces lacunes ou défauts témoignent des incohérences structurelles du nouveau régime des sûretés réelles. Incohérences qui se manifestent ou se constatent aussi

⁸⁰³ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, *op. cit.*, n°445.

⁸⁰⁴ Le droit de rétention est illustrateur de ce paradoxe au niveau de la définition des sûretés réelles. Il est pourtant consacré au titre des sûretés mobilières par l'article 50 de l'AUS.

dans la gestion à double vitesse de la réalisation efficace des sûretés réelles. En effet, à côté du sort peu reluisant des sûretés réelles traditionnelles, se dresse la suprématie ou la résistance des sûretés réelles nouvelles ou propriétés sûretés à l'ouverture d'une procédure collective d'insolvabilité contre le débiteur.

Une subtile préférence donc pour les propriétés sûretés est orchestrée par le législateur lui-même à travers la pérennisation de l'inégalité entre les mêmes sûretés réelles.

686. Toutes ces incohérences nous ont confortées dans notre proposition d'une uniformisation de ce droit à travers une approche véritablement fonctionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier, car elles ne sont au fond que la manifestation des hésitations du législateur à engager des réformes d'envergure de manière à redonner de l'efficacité véritable à notre droit des sûretés réelles.

PARTIE 2 :

**UNE EFFICACITÉ DES SÛRETÉS RÉELLES OHADA
RENFORCÉE PAR L'UNIFORMISATION**

687. Il serait présomptueux de vouloir en quelques pages rebâtir le droit OHADA des sûretés réelles dans ses moindres détails. C'est une entreprise longue et difficile, qui, si elle est engagée un jour, ne pourra se faire sans une concertation de tous les acteurs de la vie juridique et économique.

688. Nous estimons que le droit actuel des sûretés, notamment en ce qui concerne les sûretés réelles, doit tendre vers plus de cohérence pour aboutir à une efficacité réelle et totale. Les quelques idées majeures autour desquelles doit, à notre sens, s'articuler un droit des sûretés réelles rationalisé et modernisé. À partir de là, il nous sera possible d'en dessiner les grands traits et contours. Et, la voie ou la méthode pour y parvenir en notre sens se trouve dans l'uniformisation, concept juridique déjà expérimenté et dont la fiabilité semble faire l'unanimité au plan international.

Les incohérences contenues dans la tentative du législateur africain de donner une définition aux sûretés en général et aux sûretés réelles en particulier, dénote de la nécessité de l'approche fonctionnelle des sûretés et par corollaire de la définition fonctionnelle qu'on pourrait leur attribuer. Cela afin de tenir compte de l'évolution en matière de garanties réelles.

689. Cette modernisation sera donc fondée sur une approche fonctionnelle de la notion de sûreté et partant, de sûreté réelle.

Dans la forme, l'élaboration d'un régime uniforme doit amener le législateur à proposer des principes généraux plutôt que des règles éparses de sorte à conférer au nouvel édifice des sûretés réelles une souplesse suffisante pour permettre son évolution au gré des besoins nouveaux.

Au fond, il convient d'établir ces principes généraux et d'opérer des choix politiques qui donneront à l'édifice un caractère homogène et cohérent, gage de sécurité et de confiance pour tous les acteurs du crédit.

690. Mais cette uniformisation ne doit pas se faire sans tenir compte des spécificités du droit auquel il doit s'appliquer. En effet, l'uniformisation du droit des sûretés réelles OHADA ne se fera pas par une transcription directe des modèles existants. Nous entrevoyons plutôt un droit uniforme des sûretés réelles OHADA qui puisera ses traits caractéristiques à la fois des modèles d'uniformisation consacrés en ce qu'ils ont de positif et du droit des sûretés OHADA en ce qu'il a de particulier.

De cette uniformisation doit naitre un droit des sûretés réelles homogène et plus fonctionnel pour une remise en confiance des différents acteurs du crédit, gage d'un développement économique des États parties à l'OHADA.

691. Après avoir donc procéder à l'identification des éléments essentiels à l'uniformisation que nous préconisons (titre 1) il s'agira de la conceptualiser au regard du droit OHADA(titre 2)

TITRE 1 : La détection des éléments essentiels à

l'uniformisation

692. Adopter un système unique et uniforme de sûretés réelles entraîne deux séries d'implications intrinsèquement liées. Unique, il a vocation à régir toutes conventions constitutives de sûreté. Uniforme, il entend les soumettre toutes au même régime.

Mais cette uniformisation n'aura véritablement de sens que s'il est démontré qu'il ajoutera ou complétera efficacement le régime existant des sûretés réelles en droit OHADA. Une fois cela fait, il convient en outre d'esquisser les contours de ce futur droit des sûretés réelles en ce qu'il pourrait être ou sera.

693. L'esquisse d'un régime des sûretés réelles notamment mobilière vue sous un angle libéral⁸⁰⁵ déduit de l'approche fonctionnelle des sûretés se présenterait comme suit :

- Tout bien meuble corporel ou incorporel peut être affecté en garantie.
- Les parties ont le libre choix de l'affectation de la sûreté c'est-à-dire de la détermination des créances garanties.
- La dépossession n'est pas requise
- Un système unique d'enregistrement et de publicité est organisé qui assure l'opposabilité aux tiers de la garantie.
- Les conditions de réalisation de la sûreté sont librement définies par voie contractuelle.
- Le bénéficiaire de la sûreté bénéficie d'une priorité absolue, même en cas d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité. Il n'est primé que par quelques créanciers privilégiés.

694. Pendant longtemps, il a été développé une hostilité à tout bouleversement de notre héritage juridique de conception civiliste. Ce qui d'ailleurs a justifié le rejet de l'approche fonctionnelle par le législateur OHADA lors de la réforme de l'AUS en 2010 .

Si cet argument était irréfutable à une certaine époque, elle résiste moins aujourd'hui à l'évolution mondiale juridiquement parlant caractérisée par un rapprochement progressif et accéléré des différentes traditions juridiques. Les frontières entre les différentes traditions au gré de la mondialisation économique s'amenuisent inexorablement. L'exemple des pays

⁸⁰⁵ V. J. STOUFFLET, en conclusion du colloque « Repenser le droit des sûretés mobilières », ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, LGDJ, 2005, p 113.

civilistes qui ont basculé suivant le modèle inspiré par le livre IX américain vient témoigner de cette évolution.

Si envisager la réforme ou le changement d'un système existant nécessite que soient exposés les moyens et les conditions pour y parvenir (chapitre 2) il est primordial de définir les concepts centraux de cette uniformisation (chapitre 1).

Chapitre 1 : L'indispensable définition des concepts clés de l'uniformisation

695. L'uniformisation du droit des sûretés réelles par l'adoption d'une approche fonctionnelle ne pourra se faire effectivement et efficacement que si certaines conditions sont préalablement réunies. Cette approche fonctionnelle des sûretés réelles, gage de cohérence et d'efficacité ne pourrait se faire sans repréciser la définition des notions de sûretés et de sûretés réelles.

696. L'approche fonctionnelle ou téléologique des sûretés réelles suppose également en amont celle des sûretés en général. Une fois cette condition remplie, une définition extensive et fonctionnelle pourra légitimement être envisagée.

À ces conditions, il convient d'ajouter celle de la publicité et de l'opposabilité des sûretés. Cette question est loin d'être secondaire, elle constitue un pilier incontournable de l'uniformisation de tout système de sûretés qui se voudrait efficace.

Les règles de publicité des sûretés doivent donc être bien définies afin d'informer et protéger efficacement les droits du créancier nanti. Ainsi, pourrait-il opposer sans crainte sa garantie à tous les autres créanciers du débiteur. Il convient donc de penser en vue de l'atteinte de cet objectif, de redynamiser le registre du crédit mobilier dans le sens de son informatisation totale. Cela permettra d'organiser facilement l'abandon de la dépossession dans le régime des sûretés réelles.

697. Ces conditions remplies, il convient subséquemment d'exposer les différentes techniques qui pourront nous permettre de réaliser effectivement l'uniformisation de notre droit des sûretés réelles. Si à l'heure actuelle différents modèles éprouvés d'uniformisation existent, ils constituent fondamentalement des variantes de l'approche fonctionnelle instituée par le Livre IX de l'UCC Américain. L'étude de cette approche fonctionnelle américaine et de ses déclinaisons nous permettra de tracer ou dessiner les contours possibles du droit des sûretés réelles OHADA uniformisé.

698. Avant donc de procéder à l'analyse des différentes techniques juridiques connues actuellement pour réaliser une uniformisation du droit des sûretés réelles (section 2), il convient de préciser les éléments indispensables à sa réussite (section 1).

Section 1 : La redéfinition téléologique des sûretés réelles

699. L'uniformisation par une approche fonctionnelle des sûretés réelles impose d'en donner une définition téléologique ou fonctionnelle (§. 1) qui permet de couvrir toutes les garanties conventionnelles. Mais une définition fonctionnelle des sûretés réelles ne saurait se concevoir sans celle des sûretés en général.

Par ailleurs, il convient de veiller à assurer une organisation claire, précise et moderne des règles de publicité et d'opposabilité (§. 2) des sûretés réelles, si on veut parvenir à une uniformisation réussie.

§ 1. Le choix d'une approche fonctionnelle des sûretés réelles.

700. L'approche dite « fonctionnelle » ou « téléologique », doit être comprise en opposition à l'approche ou situation dite « formaliste ».

L'approche dite « formaliste » relève essentiellement du principe de la liberté contractuelle, et réfère donc à la forme juridique de la transaction. On pourrait dire, jusqu'à un certain point, qu'elle n'est pas tant une approche à proprement parler qu'une situation de fait, caractérisée par un certain laisser-faire, du moins lorsque l'on considère l'état du domaine des sûretés mobilières aux États-Unis d'avant l'avènement du Titre 9 du *Uniform Commercial Code*.

701. Il s'agira concrètement de conférer aux sûretés réelles en droit OHADA une définition unitaire assez large (B) qui puisse intégrer toutes les formes de techniques et méthodes destinées à assurer au créancier une certaine priorité, que le débiteur soit ou ne soit pas dans une situation in bonis. Cela implique en amont d'adopter une approche fonctionnelle et unitaire des sûretés en général (A).

A. L'approche unitaire des sûretés en général

702. La notion de sûreté constituant le critère d'application du régime uniforme, elle doit être définie de manière générique. Elle doit permettre d'englober tous les mécanismes, jouant un rôle de garantie, les ramenant ainsi dans le giron du régime uniforme.

703. Définir une institution implique comme le soutient J.-F. RIFFARD, « *qu'en soient dégagés les éléments caractéristiques* »⁸⁰⁶. Ce n'est qu'une fois ces éléments connus qu'il nous sera possible de rattacher un cas concret au concept de sûreté afin de lui appliquer son régime⁸⁰⁷, en d'autres termes, de qualifier. Dans l'élaboration d'une définition de la notion de sûreté, il est important de conserver à l'esprit deux séries de considérations.

D'une part, elle doit être assez large pour pouvoir englober toutes les formes possibles de sûretés, présentes et à venir. D'autre part, cette définition ne doit pas être trop imprécise, au risque d'engendrer une incertitude juridique préjudiciable. Dans cette optique, il serait nécessaire de dégager des critères techniques spécifiques, aptes à délimiter précisément les frontières de la notion.

704. L'importance d'une définition fonctionnelle ne se justifie pas uniquement dans la perspective d'une uniformisation du droit des sûretés réelles. En effet, traitant de l'ordre public et les sûretés conventionnelles N. BORGA a démontré l'impact positif que pourrait avoir une définition fonctionnelle des sûretés conventionnelles dans « *l'intervention de l'ordre public* »⁸⁰⁸ surtout « *en raison du mouvement de diversification des garanties conventionnelles et de la multiplication des interventions de l'ordre public* »⁸⁰⁹.

Cette approche unitaire de la notion de sûreté se trouve dans la droite ligne de la conception fonctionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles que nous proposons à l'adoption. Elle est nécessaire et indispensable pour envisager une définition large et fonctionnelle des sûretés réelles.

705. Il nous paraît cependant nécessaire, avant d'avancer dans notre développement, d'évoquer les dissensions doctrinales traditionnelles au sujet de la définition même de la notion de sûreté afin d'aboutir à une conception fonctionnelle qui pourrait contenter toutes les parties.

706. Définir la notion de sûreté n'est pas chose aisée⁸¹⁰ et suscite depuis toujours des controverses au sein de la doctrine française.

⁸⁰⁶ J.-F. RIFFARD, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières- Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ, 1997, n° 621

⁸⁰⁷ J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, Chron. 1, n°50

⁸⁰⁸ N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009, n°369.

⁸⁰⁹ Loc. cit.

⁸¹⁰ V. M. CABRILLAC, C. Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *Droit des sûretés*, Litec, 2010, 9^e éd., n°2 qui soutiennent que : « la sûreté n'est pas une notion, ce n'est qu'une étiquette qui s'accommode du disparate... ».

Si pour certains auteurs classiques, les seules sûretés méritant cette dénomination sont celles visées en tant que telles par la loi⁸¹¹, d'autres au contraire, avouent leur impuissance face à la difficulté de l'entreprise ou soulignent son caractère vain⁸¹².

Il demeure toutefois des auteurs qui se sont efforcés de surmonter cette tâche, et cela s'est fait en ordre dispersé. L'une des plus illustres et des plus abouties des définitions des sûretés est celle développée par le professeur CROCQ. M. CROCQ souligne que « *la garantie est une notion fonctionnelle et non pas conceptuelle comme la sûreté* »⁸¹³. Dans le prolongement, il énonce que la distinction est commandée « *par un motif d'ordre fondamental* » imposant de distinguer les véritables sûretés, qui ont pour raison d'être le paiement de la créance et dont il est de l'« *essence de tendre exclusivement et délibérément à ce résultat* », des garanties, qui « *produisent un effet de sûreté, mais cet effet n'est pas de leur essence* »⁸¹⁴. Tout mécanisme n'ayant pas vocation à figurer dans la catégorie des sûretés est alors, le plus souvent⁸¹⁵, reversé au sein de celle, plus large, des garanties⁸¹⁶. Ainsi, cette dernière évolue à mesure que les

⁸¹¹ H. J et L. MAZEAUD, et F. CHABAS, par Y. PICOD, *Leçons de droit civil, Sûretés et publicité foncière*, t. 3, 7^e éd. Montchrestien, 1999.

⁸¹² Voir ainsi : Ph. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., PUF, 1988, n° 6, p. 24 : « On est tenté de dire que la définition de la notion de sûreté est soit inutile parce que mettant en lumière des caractères que personne ne conteste soit impossible, lorsque l'on essaie d'y faire rentrer des institutions trop disparates, malgré une commune finalité », Voir également: J. CASEY, *Sûretés et famille*, Defrénois, 2000, coll. Doctorat et Notariat, préf. J. HAUSER, n° 5 ; P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, in 16^e entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, JCP éd. E, 1989, Cah. dr. entr., suppl., n° 5, p. 3 et s., spéc. p. 4 : « *Je me demande même si question a un sens théorique, car je ne suis pas sûr qu'il existe en droit français une notion technique de sûreté: qu'y a-t-il de commun, d'un point de vue technique, entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles? Je serai plutôt fondé à penser que la notion n'a d'unité que sur le plan économique, par le but poursuivi* ».

⁸¹³ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, Bibl. dr. privé, T. 248, préf. M. GOBERT n° 287. Sur le caractère fonctionnel de la notion de garantie, voir L. AYNÈS, « Rapport de synthèse au 82^e congrès des notaires de France », in *Les garanties du financement*, Defrénois, 1986, p. 909 et s., spéc. p. 911, note 2 : « *Traditionnellement le « garantie », emprunté au langage économique, désigne une fonction [...] et non une institution juridique* ».

⁸¹⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 4 : « Qualifier de sûreté tout ce qui assure une protection contre l'insolvabilité revient à dilater la notion au point de ne pas pouvoir lui assigner de limites ».

⁸¹⁵ Voir à cet égard, la position singulière de P. CROCQ, *op. cit.*, n° 264 et s., qui entend, pour sa part, définir la notion de garantie.

⁸¹⁶ Cette distinction est désormais classique, sans que les auteurs s'entendent sur le contenu de chaque catégorie. Voir : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2 : « *la sûreté est donc une garantie, en ce sens qu'elle rend plus probable la satisfaction du créancier. Mais toute garantie n'est pas une sûreté* » ; H., L., J. MAZEAUD, F. CHABAS par Y. PICOD, *op. cit.*, p. 2 et n° 5-1 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit. et loc. cit.* ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 2 et s. ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi, n° 5 ; M. Oury-Brulé, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, Article 1216 du Code civil*, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, T. 372, préf. Cl. Ferry, n° 108 et s. ; C. HOUIN BRESSAND, *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006, Nouv. Bibl. de Thèses, vol. 54, préf. H. SYNDET, n° 176 et s., qui entend appliquer cette distinction aux contre-garanties ; Ph. Simler, « Rapport de synthèse », in *Les garanties du financement*, Trav. Ass. H. Capitant, Journées Portugaises, T. 47, LGDJ, 1998, p. 23 et s., spéc. p. 26 ; D. LEGAIS, v° « Sûretés », Rep. Dr. civ., Dalloz, 1997, spéc. n° 4 ; *adde*, *Sûretés et garantie du crédit*, préc., n° 20. Distinguant sûreté personnelle et garantie tout en définissant de manière large la notion de sûreté personnelle, voir : J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles,

sûretés sont entendues *lato sensu* ou *stricto sensu*. Il en résulte, logiquement, une soumission variable aux règles visant les « sûretés ». Créant un livre IV relatif aux sûretés au sein du Code civil, l'ordonnance du 23 mars 2006 en France est venue conforter une telle approche. Aussi, bon nombre d'auteurs sont conduits à se prononcer en faveur de définitions dites « techniques ». De ce point de vue, la réforme du droit des sûretés OHADA et aussi en droit français a rendu la tâche plus difficile. Désormais la qualification de sûreté est reconnue clairement⁸¹⁷ à la clause de réserve de propriété, à la garantie et à la contre garantie autonome, par conséquent certaines définitions techniques apparaissent en décalage avec la loi.

707. Malgré le caractère « introuvable »⁸¹⁸ de la notion de sûreté, de manière plus ou moins précise, les auteurs ne tentent pas moins de la définir⁸¹⁹.

La notion de sûreté se révèle encore plus difficilement accessible, rendant délicate l'adoption d'une démarche classique qui consisterait à déduire d'une définition générale des définitions particulières. Les définitions techniques perdent alors parfois de leur rigueur et peuvent se montrer très compréhensives, jusqu'à se rapprocher de la conception fonctionnelle. On peut

Essai de synthèse générale », préc., spéc. p. 35. L'ouvrage de G. Marty, P. Raynaud et Ph. JESTAZ, Droit civil, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, est caractéristique de la progression de cette idée. Ces auteurs (n° 4), distinguent les sûretés des notions voisines, qui « jouent plus ou moins le rôle de garantie au profit du créancier », et (n° 5, p. 7) emploient cette formule classique : « si toutes les sûretés sont des garanties, la réciproque n'est pas vraie ». Or, dans la première édition de l'ouvrage (G. Marty et P. Raynaud, Droit civil, T. III, Vol. 1^{er}, *Les sûretés, La publicité foncière*, Sirey, 1971), les auteurs sont beaucoup plus nuancés. On n'y trouve pas une distinction aussi nette entre sûretés et garanties. Ils opposent simplement les « situations privilégiées » et les « sûretés proprement dites » (n° 3 et s.). Au n° 2, in fine, ils indiquent ainsi, « qu'il y a des cas où l'octroi d'une sûreté peut paraître inutile parce que le créancier jouit d'une situation lui procurant pratiquement l'équivalent d'une telle garantie : il y a des situations privilégiées » qui (n°3) « font par elles-mêmes bénéficier le créancier d'une sorte de privilège en lui accordant une préférence par rapport aux autres. C'est le cas lorsque le créancier est en même temps débiteur de son débiteur ou lorsqu'il dispose d'une action directe ». Cette conception est confirmée au n° 4, où il est souligné que la « réciprocité des obligations (...) équivaut à un véritable privilège ». Comp. : Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37, qui ne reprennent pas une telle distinction ; Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 1 et 2, qui ne donne qu'une définition provisoire et large de la sûreté, entendue comme « une prérogative adjointe (par la loi, la convention, parfois le juge ...) à une obligation pour en assurer l'exécution » (n° 1 in fine) et considère, qu'ainsi « définie, la sûreté n'est qu'un mécanisme parmi d'autres qui permettent de ne pas souffrir de l'insolvabilité de son débiteur » (n° 2) ; M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006, Bibl. dr. privé, T. 456, préf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. Brémond, n° 742.; P. ANCEL, *op. et loc. cit.*

⁸¹⁷ Cela était nuancée dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de 1997 qui ne le mentionnait pas au nombre des sûretés mobilières telles que énumérées par son article 39.

⁸¹⁸ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.* n° 2.

⁸¹⁹ À l'exception de Ph. THÉRY, *op. et loc. cit.*, in fine », Malgré leurs réticences, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. et loc. cit.*, soulignent que « la sûreté est une prérogative superposée aux prérogatives ordinaires du créancier par le contrat, la loi, un jugement ou une démarche conservatoire et qui a pour finalité juridique exclusive de le protéger contre l'insolvabilité de son débiteur ».

alors se demander pour citer N. BORGA⁸²⁰ si « *la notion de sûreté ne s'apparente pas à une auberge espagnole, chacun y trouvant ce qu'il y apporte* »⁸²¹.

708. Faute d'intervention législative claire et précise⁸²², que ce soit en droit OHADA ou en droit français, il faut s'en remettre à la doctrine. À cet égard, plusieurs tentatives de définition de la notion de sûreté ont été faites dont l'une des plus abouties à ce jour, à savoir celle de M. CROCQ s'est vue opposer un certain nombre de réserves qui illustrent la difficulté de l'entreprise.

709. La démarche doctrinale, voire législative,⁸²³ commune habituelle consiste à définir la notion de sûreté à partir d'éléments dont on considère de manière préliminaire qu'ils sont des sûretés. Le résultat est généralement décevant en raison de la difficulté à réunir des notions techniquement très différentes⁸²⁴.

710. P. CROCQ dans une démarche assez originale s'est essayé à trouver une définition qu'il qualifie « *a posteriori* » aux sûretés. Pour lui, « *nous savons que le gage et le cautionnement, par exemple, sont des sûretés (en fait, nous le présupposons, c'est un postulat) et, à partir de là, nous recherchons ce qu'est une sûreté. La détermination de la sûreté résulte*

⁸²⁰ N. BORGA, *op. cit.*, n°375.

⁸²¹ V. ainsi : M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 549 : « La parenté que présentent les définitions ne doit pas masquer le fait que chaque auteur a sa liste de sûretés réelles, alors qu'une liste unique ne peut être établie à partir de solutions jurisprudentielles dans lesquelles on cherche en vain un fil conducteur » ; M. CABRILLAC, « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in *Le droit privé à la fin du XX' siècle, Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 709 et s., spéc. p. 715 : « *chacun a son opinion et l'inscrit dans le large éventail qui va de la conception crispée qui veut qu'il n'y ait point de sûretés en dehors de la trilogie traditionnelle à la conception laxiste qui, dilatant à l'infini le champ des sûretés, embrasse tout ce qui peut procurer à un créancier un avantage sur les autres* ».

⁸²² Il faut remarquer que l'avant-projet de texte de la Commission Grimaldi, à l'origine de la réforme française opérée par l'Ordonnance de 2006, proposait à l'article 2288 la définition suivante : « *La sûreté réelle est l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier* ». L'article 2877 disposait que la « *sûreté garantit l'exécution d'une obligation* » et qu'elle « *ne peut procurer au créancier aucun enrichissement* ».

L'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas repris cette proposition laissant ainsi le débat actuellement ouvert, d'autant que les tribunaux français attribuent ou rejettent la qualification de sûreté sans jamais se risquer à une définition.

⁸²³ V. à ce titre la définition donnée par législateur OHADA à l'article 1^{er} de l'acte uniforme portant organisation des sûretés tel qu'issu de la réforme de décembre 2010. Les sûretés y sont désormais définies, de façon succincte comme : « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations...* ». Le législateur par cette définition exclue de façon involontaire les sûretés personnelles du giron des sûretés.

⁸²⁴ V. dans ce sens la définition des sûretés donnée par le dictionnaire juridique publié par l'association Henri Capitant qui donne une définition assez large des sûretés : « *Pour un créancier, garantie fournie par une personne (sûreté conventionnelle), ou établie par la loi (sûreté légale) ou plus rarement résultant d'un jugement (hypothèque judiciaire), pour l'exécution d'une obligation; disposition destinée à garantir le paiement d'une dette à l'échéance, malgré l'insolvabilité du débiteur. Vocabulaire juridique, Association H. Capitant, dir. G. CORNU, PUF, coll. Quadrige, 9^e éd., 2012, p. 995, v° « Sûreté » (3).*

donc d'une déduction par induction »⁸²⁵. L'auteur ne cherche pas à déterminer la notion de sûreté en s'appuyant sur celles de sûreté réelle et personnelle. Il prend pour point de départ les différentes sûretés elles-mêmes, telles qu'elles se présentent.

La démarche de l'auteur implique qu'il est impératif d'éviter « *de rechercher une définition de la notion de sûreté en ayant en vue un résultat déterminé quant à la qualification d'une institution, car cela aboutirait à assujettir la définition en fonction de ce résultat* »⁸²⁶.

À partir d'une base de réflexion classique, les trois sûretés originellement nommées du Code civil, il sera en effet observé que M. CROCQ obtient des résultats qui diffèrent sensiblement de ceux d'une importante partie de la doctrine quant aux institutions pouvant se voir octroyer la qualification de sûreté. Cela tient au fait que l'auteur ne cherche pas, comme on le ferait traditionnellement, à déterminer si les propriétés-sûretés peuvent être qualifiées de sûretés réelles pour ensuite leur octroyer la qualification de sûreté. Il s'est tout d'abord évertué à déterminer les critères de la notion de sûreté pour ensuite tenter de les appliquer aux propriétés-garanties. La classification bipartite traditionnelle des sûretés ne résiste alors pas aux propriétés-garanties auxquelles l'auteur attribue la qualification de sûreté.

Prenant pour appui l'étude de M. CABRILLAC⁸²⁷ sur la notion de sûreté, l'auteur parvient à élaborer sa propre définition de la notion de sûreté. Il la définit comme: « *l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »⁸²⁸.

En combinant les trois éléments évoqués de la notion de sûreté, M. CROCQ est conduit à exclure de la catégorie des sûretés un bon nombre de mécanismes issus du droit de gage général du créancier ou procédant de la nature synallagmatique du contrat⁸²⁹.

⁸²⁵ P. CROCQ, *op. cit.* n°266.

⁸²⁶ *Idem.*

⁸²⁷ M. CABRILLAC, note sous Cass. com. 1^{er} oct. 1985 et CA Nancy 19 déc. 1985, D. 1986, Jura., p. 246 et s. V. égal., M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 551. L'auteur caractérise les sûretés réelles via trois éléments que sont : la finalité, la technique et la nature d'accessoire de la créance. Dans le même sens voir Chr. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in Études dédiées à René Roblot, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n° 36.

⁸²⁸ P. CROCQ, *op. cit.*, n°282.

⁸²⁹ P. CROCQ, *op. cit.*, n°269 et s. Il s'agit entre autre de l'exception d'inexécution, la clause pénale, les sûretés négatives, le droit de rétention...etc.

Pour P. CROCQ, tout ce qui ne correspond pas à une sûreté n'est pas *ipso facto* une garantie⁸³⁰. Une définition vaste des garanties de paiement est néanmoins retenue puisqu'il s'agit « *des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'exécution* »⁸³¹. La garantie serait une notion fonctionnelle, le genre et la sûreté ; une notion conceptuelle, une espèce au sein du genre. Comme la notion de sûreté, la notion de garantie aurait un caractère spécifique en ce qu'elle correspond à un avantage particulier pour le créancier. Sont alors exclus les mécanismes non spécifiques à un créancier tels que l'action paulienne, l'action oblique ou encore l'action en déclaration de simulation. Revenant à son sujet d'étude et lui appliquant les conclusions dégagées, l'auteur considère que toutes les propriétés-garanties sont des garanties, mais que seules les propriétés-garanties fiduciaires sont des propriétés-sûretés⁸³².

711. Tout en étant salué, l'essai de M. CROCQ, bousculant fortement les frontières traditionnelles, s'est vu opposer des critiques⁸³³ portant sur des aspects techniques des éléments de définition retenus ou manifestant un attachement à une conception « *pure* » de la notion de sûreté.

⁸³⁰ Contra : Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 6, p. 20 : « il existe une catégorie - indéfinie : les garanties, au sein desquelles les sûretés constituent un sous-ensemble. Les garanties permettent au créancier de ne pas souffrir de l'insolvabilité du débiteur ou, à tout le moins, d'en réduire les effets » ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 4, qui ne définissent pas la notion de garantie et évoquent (note 14), « la nébuleuse » des garanties ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, *Droit des sûretés*, 4^e éd. Dalloz, 2014, n°9 et s. qui après avoir donné une définition des garanties, conclu à l'inutilité pratique de la distinction entre les deux notions vu qu'elles sont couramment utilisées l'une pour l'autre et qu'elles ont le même effet : « améliorer la situation du créancier chirographaire ».

⁸³¹ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 287, qui, de manière non exhaustive, range dans cette catégorie : le droit de rétention, la compensation, l'action résolutoire, l'exception d'inexécution, la solidarité, l'astreinte, la clause pénale, les sûretés négatives, la clause de domiciliation, la clause de fidélité, la clause *pari-passu* et la délégation. Cette conception de la notion de garantie est notamment adoptée par M. Oury-Brulé, L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, LGDJ, 2002, Bibl. dr. privé, T. 372, préf. Cl. Ferry, n° 110 et s. Sur la notion de garantie; voir également: P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud, Litec, 2007, p. 303 et s.

⁸³² P. CROCQ, *op. cit.*, n° 289 et s. Pour l'auteur (n° 292-294), les propriétés-garanties non fiduciaires répondent mal à deux critères de la notion de sûreté : la notion d'accessoire et l'extinction par exécution de la créance.

⁸³³ Certaines critiques formulées à l'encontre de la définition élaborée par P. CROCQ ne sont pas nécessairement inconciliables avec une reprise partielle de ses apports. M. Théry a pu considérer que cette définition suscitait plus de difficultés qu'elle n'en résolvait, soulignant l'ambiguïté de la notion d'affectation qui se présente de manière très différente dans le cadre d'une sûreté réelle ou d'un cautionnement. A l'égard du droit d'agir, l'auteur relève également que si le droit de se faire attribuer le bien gagé est une prérogative spécifique de la sûreté, il n'en va pas de même du droit de saisir le bien et de le faire vendre, prérogative attachée au droit de tout créancier et faisant partie du « régime patrimonial primaire ». Pour M. Théry, comme pour Messieurs, MESTRE, PUTMAN ET BILLIAU, le trait distinctif des sûretés réelles traditionnelles réside dans l'affectation préférentielle de la valeur du bien. Enfin, pour M. LEGEAIS, la définition de la sûreté retenue par P. CROCQ est encore trop large, ce qui le conduit à ajouter à celle-ci un critère supplémentaire, « pour pouvoir être qualifié de sûreté, un mécanisme ne doit pas pouvoir être utilisé à d'autres fins. Le droit de propriété utilisé à fin de garantie ne saurait, si l'on retient cette analyse, être considéré comme une sûreté ». Une telle conception conduit à n'intégrer à la catégorie des sûretés que la garantie indépendante, qui seule répond aux critères dégagés par M. P. CROCQ et a celui ajouté par l'auteur.

712. Cette proposition de définition appelle plusieurs réserves. Premièrement, on pourrait émettre des doutes quant au critère relatif à l'absence de recherche de profit de la part du créancier si on pense notamment à l'opération de financement que représente certaines propriétés sûretés comme les baux à long terme avec faculté de rachat ou le crédit-bail, qui ne pourraient qu'être exclus de cette définition. Deuxièmement, l'auteur reprend la traditionnelle posture qui consiste à présenter la sûreté comme un droit réel accessoire⁸³⁴. Troisièmement, la proposition du professeur CROCQ n'envisage que le traditionnel droit de préférence alors qu'il est tout de même admis aujourd'hui que le créancier peut détenir un droit exclusif de propriété sur le bien affecté en garantie (exemple de la vente à tempérament incluant une clause de réserve de propriété). Enfin, le droit d'agir ne paraît pas être un droit appartenant exclusivement au créancier muni d'une sûreté, mais plutôt une prérogative qui est conférée à tout créancier en vertu du droit de gage général⁸³⁵. Par ailleurs, le critère de l'affectation nous paraît difficilement être commun aux deux types de sûretés traditionnelles; autant il nous paraît juste et évident pour les sûretés dites réelles et les propriétés sûretés, autant cela reste ambigu pour les sûretés dites personnelles, comme le cautionnement⁸³⁶.

713. Malgré les avancées dont elle est à l'origine, la définition de la notion de sûreté dégagée par M. CROCQ ne pourra être ici retenue, pas plus que n'importe quelle autre définition de type technique, dans la mesure où elle est de nature à empêcher toute véritable uniformisation des sûretés réelles. Cette approche consacre une définition *stricto sensu* des sûretés. Si elle présente l'avantage de la clarté, cette définition ne doit pas être retenue dans notre optique, car beaucoup trop restrictive. L'adopter risque de limiter *de facto* le champ d'application du régime uniforme aux seules sûretés réelles reconnues expressément comme telles par la loi.

714. Subsisteraient alors de nombreux mécanismes qui, tout en remplissant la même fonction que les sûretés, échapperaient aux règles du régime uniforme. Les créanciers

⁸³⁴ L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 400, p. 169 et 170. Toutefois, cette notion a évolué.

Les droits français et québécois ont consacré des hypothèques dites rechargeables, ou ouvertes (dites aussi flottantes) ou des fiducies-sûretés rechargeables qui survivent en quelque sorte à l'extinction de la créance qu'elles garantissent.

⁸³⁵ En ce sens, P. THÉRY, *op. cit.*, n°6, p. 22; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 134.

⁸³⁶ Le cautionnement se définit davantage comme l'engagement d'un tiers sur son patrimoine qu'il mettra à la disposition du créancier en cas de défaillance du débiteur. V. dans ce sens, P. THÉRY, *op. cit.*, n° 6, p. 21; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 92.

pourraient donc aisément contourner ces règles, alimentant par la même le mouvement de surenchères qui caractérise le droit actuel.

Pour éviter ce piège, et donner à l'uniformisation un sens véritable, il est nécessaire d'inclure dans la notion de sûreté, non seulement les sûretés réelles mobilières *stricto sensu*, mais aussi un certain nombre, voire l'ensemble des mécanismes imaginés par la pratique et qui s'apparentent à une sûreté tout en respectant la nature particulière de certaines⁸³⁷. Seule l'approche fonctionnelle va permettre d'atteindre cet objectif.

715. Par pragmatisme, une partie de la doctrine contemporaine tend à rejeter une vision trop technique ou conceptuelle des sûretés, parfois qualifiée de « *dogmatique* »⁸³⁸. Faisant figure d'alternative, la définition fonctionnelle des sûretés doit être présentée et justifiée.

Ainsi, dans le cadre des procédures collectives, Christian MOULY, avait déjà proposé que pour « *remédier aux injustices, aux inconséquences actuelles, il faut au moins intégrer dans la notion de sûreté toutes les techniques qui en portent les stigmates* »⁸³⁹.

716. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté par l'OHADA le 17 avril 1997 offre un exemple de définition très large de la notion de sûreté. Il dispose, en son article 1er, que les sûretés sont « *les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci* »⁸⁴⁰. Cette définition qui se voulait « *fonctionnelle* » dans la forme, masquait mal pourtant l'approche stricte et « *technique* » des sûretés par le législateur qui ne s'est pas détaché de l'application du « *numerus clausus* » dans l'énumération presque classique des sûretés réelles. Ainsi, pouvait-on lire, aux termes de l'article 39 alinéa 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997 que : « *Les sûretés mobilières comprennent : le droit de rétention, le gage, les nantissements sans dépossession*

⁸³⁷ Cette uniformisation ne doit cependant pas aboutir à une disparition de certaine garantie telle la réserve de propriété mais au respect de leur nature. Contra. Voir J.-F. RIFFARD, *op.cit.*, n°623.

⁸³⁸ Ph. SIMLER et DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 37 ; égal. Y. CHARTIER, *Rapport de synthèse*, in L'évolution du droit des sûretés : RJ com. Fevr. 1982, n° spéc., p. 150, selon lequel la conception large des sûretés ne peut plus être rejetée et le droit des sûretés a « *éclaté* ». Contra. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n°4 ; P. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés la publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, n° 2.

⁸³⁹ Chr. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in Études dédiées à Roblot, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 529 et s., spéc. n° 28.

⁸⁴⁰ Ph. SIMLER et DELEBECQUE, *op. et loc. cit.* ; égal. Y. CHARTIER, *Rapport de synthèse*, in L'évolution du droit des sûretés : RJ com. Févr. 1982, n° spéc., p. 150, selon lequel la conception large des sûretés ne peut plus être rejetée et le droit des sûretés a « *éclaté* ».

et les privilèges ». Ce dénombrement, en même temps qu'il semble sceller toute espérance d'approche fonctionnelle des sûretés notamment réelles, traduisait aussi une hésitation voire une gêne du législateur OHADA vis-à-vis des techniques de garantie de paiement fondées sur la propriété.

Diverses illustrations de cette incohérence pouvaient se déduire dans la définition « étroite » donnée des sûretés réelles par l'article 2 alinéa de l'AUS de 1997⁸⁴¹. Pendant que le législateur OHADA, par cet article limite les sûretés réelles qu'à celles qui confèrent un droit de préférence au créancier qui en est nanti, dans son énumération à l'article 39, il fait référence au droit de rétention qui en lui-même n'est pas paré de cet attribut. En outre, il convient de relever aussi l'ambiguïté qui était posée dans l'Acte uniforme relatif au droit commercial général du 1/10/ 1997 dont le titre 3 consacré à l'inscription des sûretés réelles mobilières, contenait en son article 59, une mention relative à l'inscription obligatoire de la réserve de propriété et du crédit-bail qui était pourtant méconnue par l'article 39 de l'AUS et dont les traits caractéristiques étaient loin de ceux mentionnés par l'alinéa 2 de l'article 2 de l'AUS.

717. Cette définition, bien qu'entrevoiant déjà à l'époque une certaine approche fonctionnelle des sûretés, n'a pourtant pas été reconduite après la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Une nouvelle définition qui se voudrait moderne dans la forme, mais qui au fond est maladroitement formulée est désormais attribuée aux sûretés.

La sûreté est appréhendée comme : « *une affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations...* »⁸⁴².

Cette définition semble exclure les sûretés personnelles⁸⁴³ qui, jusqu'à preuve du contraire, appartiennent à la grande famille des sûretés. Et, malgré l'effort de rattrapage fait en son article 4⁸⁴⁴, le législateur a plutôt confirmé un peu plus sa gêne et son hésitation sur la notion,

⁸⁴¹ Art 2 alinéa 2 : « La sûreté réelle consiste dans le droit du créancier de se faire payer, par préférence, sur le prix de réalisation du bien meuble ou immeuble affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur ». *Adde.* Le commentaire de M. I. SAYEGH à ce propos corrobore notre analyse. En effet, il affirme que : « ...la définition de la sûreté réelle, elle est réduite au plus petit dénominateur commun (le plus important): le droit de préférence ».

⁸⁴² V. art. 1^{er} AUS.

⁸⁴³ V. dans ce sens A. LO BA, « Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai « Dolly » juridique ». Disponible ici : <http://www.ohada.com/actualite/1251/contribution-doctrinale-du-juge-amadou-lo-ba-sur-le-nouvel-acte-uniforme-ohada-portant-organisation-des-suretes.html> . Consulté le 04 Février 2015.

⁸⁴⁴ Art. 4 alinéa 1^{er} : « Les sûretés personnelles, au sens du présent acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ».

en donnant une définition des sûretés réelles qui s'écarte distinctement de la notion des sûretés contenues à l'article 1^{er} du même Acte uniforme.

718. En doctrine, les professeurs SIMLER et DELEBECQUE figurent parmi les plus grands défenseurs d'une conception fonctionnelle de la notion de sûreté. Pour eux, sont des sûretés: « *Tous les procédés tendant directement à la garantie de l'exécution des obligations, y compris ceux pouvant avoir, dans des circonstances différentes d'autres fonctions* »⁸⁴⁵.

Cette définition, au-delà de son aspect fonctionnel et simple, ne traduit que partiellement la pensée de ces auteurs, car pour eux, elle ne vise pas à englober toute forme de garantie⁸⁴⁶. Pour ceux-ci, d'une part, la sûreté se distingue de la garantie en ce qu'elle émane du débiteur, ce qui a pour conséquence d'exclure les mécanismes d'assurance. D'autre part, lorsque l'effet de garantie procuré tient à la nature d'une prestation, l'idée de sûreté est absente.

719. Il est certain qu'appréhender la notion de sûreté de manière fonctionnelle ne doit pas conduire à adopter une telle qualification pour tous les mécanismes procurant un effet de garantie. C'est précisément la fonction du mécanisme et plus exactement sa mise en œuvre spécifique par les parties au service de cette fonction qui fait office de guide. Pour N. BORGA⁸⁴⁷, « *la notion de sûreté, envisagée de manière fonctionnelle, doit donc être appréhendée à travers deux éléments* :

⁸⁴⁵ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37 p. 26 ; Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », in *Les garanties du financement*, Trav. Ass. H. Capitant, Journées Portugaises, T. 47, LGDJ, 1996, p. 23 et s., spéc. p. 25. Adoptant une définition fonctionnelle de la notion de sûreté, v. P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, in *16^{es} entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989*, JCP éd. E, 1989, Cab. dr. entr., suppl., n° 5, p. 3, spéc. p. 4, pour qui, « *la notion n'a d'unité que sur le plan économique, par le but poursuivi ; et dans cette optique, je n'hésiterai pas à qualifier de sûreté tout mécanisme, quelle qu'en soit la technique, qui a pour finalité d'assurer la protection du créancier contre le risque de non-paiement ou d'insolvabilité du débiteur* » ; S. VAISSE, « Sûretés et insécurité », Rapport, *14^{es} entretiens de Nanterre des 13 et 14 mars 1987*, JCP éd. E, Cah. dr. entr., suppl., n° 5, p. 19: « *le concept de sûreté correspond à l'ensemble des moyens juridiques destinés à assurer aux créanciers le paiement de leurs créances dans les cas où leurs débiteurs ne peuvent pas - ou ne veulent pas - s'exécuter* » ;

R. HOUIN, « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville, Rj. Com., n° spéc. fév. 1982, p. 7 ; Y. CHARTIER, « Rapport de synthèse », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, Rj. com. fév. 1982, numéro spécial, p. 150 et s., spéc. n° 2. Voir également : J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, 1^{re} Partie, Recueils de la société J. Bodin, XXVIII, Éditions de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 6 et s., spéc. p. 22-23, pour qui il s'agit d'une « *institution tendant à procurer un état de quiétude dans les rapports entre individus ou groupe d'individus* ».

⁸⁴⁶ Ph. SIMLER, « Rapport de synthèse », *op. cit.*, p.25, in fine.

⁸⁴⁷ V. N. BORGA, *op. cit.* n°405.

- Elle a une nature spécifique en s'ajoutant aux droits que le créancier tirera normalement de son droit de gage général ou du caractère synallagmatique de la convention.

- Elle est mise en œuvre spécifiquement aux fins d'assurer au créancier l'exécution de son obligation, de manière directe ou indirecte, ou, de parer à l'inexécution du débiteur ».

La sûreté se distingue donc à la fois dans sa nature que dans sa mise en œuvre.

Partant de ces critères et spécificités, BORGA propose de définir la sûreté de façon fonctionnelle comme : « tout procédé spécifique mis en œuvre par un créancier afin d'obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation ou lui permettant de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur »⁸⁴⁸. Ne reposant pas sur les techniques mises en œuvre, cette définition ne conduit pas à une remise en cause de la classification bipartite traditionnelle. Des définitions de nature fonctionnelle des notions de sûreté réelle et de sûreté personnelle peuvent ainsi être dégagées.

En somme, « Si peu d'auteurs se sont risqués à l'établissement d'une définition technique de la notion de sûreté, l'entreprise connaît beaucoup plus de succès pour ce qui est des notions de sûreté personnelle et de sûreté réelle »⁸⁴⁹.

B. L'approche unitaire des sûretés réelles en particulier

720. Les enjeux autour d'une telle définition des sûretés réelles à la suite de celle de la sûreté ne sont pas les moindres. La question essentielle est de savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite la qualification de sûreté avec toutes les conséquences juridiques attachées à cette notion⁸⁵⁰. La même question pourrait être étendue au droit de rétention qui permet de retenir la propriété du bien d'autrui jusqu'au paiement complet de ce dernier. Cette forme de justice privée, « rustre », est utilisée à titre de garantie notamment dans un contexte de faillite⁸⁵¹. Au travers des définitions proposées par la doctrine française et le droit OHADA, on peut comprendre que l'enjeu d'une telle définition est de pouvoir dépasser le clivage entre les sûretés réelles dites traditionnelles et les autres

⁸⁴⁸ V. N. BORGA, *op. cit.*, n° 405. Il ajoute une reformulation de sa définition dans sa note en bas de page en concevant la sûreté comme : « tout procédé spécifique octroyant au créancier un droit d'agir pour obtenir l'exécution de son obligation ou lui octroyant un droit d'opposition afin de parer à l'inexécution de son obligation par le débiteur ».

⁸⁴⁹ N. BORGA, *op. cit.*, n°385 *in fine*.

⁸⁵⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *op.cit.*, p. 334.

⁸⁵¹ M. BOURASSIN, V. BRÉMOND et M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, p. 13.

techniques contractuelles présentant de fortes similitudes qui utilisent la propriété à titre de sûreté, comme le droit de rétention, la clause de réserve de propriété et la fiducie.

Comme on l'a vu, les auteurs sont réticents⁸⁵² à l'idée de les qualifier de sûretés malgré une récente consécration intervenue en droit OHADA et en droit français pour certaines d'entre elles⁸⁵³.

721. La dissension doctrinale au sujet de la définition des sûretés trouve son prolongement dans celle des sûretés réelles qui n'ont, elles aussi, pas bénéficié d'une définition claire de la part du législateur⁸⁵⁴. Et dans la doctrine, si certains se sont gardés⁸⁵⁵ de s'engager dans cette œuvre de définition des sûretés réelles, d'autres s'y sont frottés avec plus ou moins de réussite.

722. La conséquence de cette « *non-définition* » est ce que MM. CABRILLAC et MOULY⁸⁵⁶ décrivent comme l'opposition entre deux conceptions diamétralement opposées de la notion de sûreté réelle. D'un côté, les militants pour un « *cantonnement* » de la notion aux institutions que le législateur a créées pour conférer au créancier un droit au paiement préférentiel, de l'autre ceux qui militent pour une « *dilatation* » de la notion des sûretés réelles qui pourra englober alors les techniques qui procurent à un créancier un avantage sur ses concurrents.

⁸⁵² V. dans ce sens M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 565.

⁸⁵³ L'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés en France, a expressément intégré la clause de réserve de propriété parmi les sûretés réelles, article 2329 (4) et article 2373 du C. civ. En revanche, en ce qui concerne le droit de rétention, le droit codifié le classe parmi les dispositions générales du nouveau livre quatrième du Code civil consacré aux sûretés, à l'article 2286 du C. civ., sans techniquement lui octroyer la qualification de sûreté. En droit OHADA v. les art. 50 qui énumère les sûretés réelles mobilières, 72 et s. de l'AUS pour la réserve de propriété et art. 67 et s., pour le droit de rétention qui a vu son régime modifié en comparaison de ce que prévoyait l'AUS de 1997.

⁸⁵⁴ Il faut aussi remarquer que l'avant-projet de texte de la Commission Grimaldi⁸⁵⁴, à l'origine de la réforme française opérée par l'Ordonnance de 2006, proposait à l'article 2288 la définition suivante : « La sûreté réelle est l'affectation d'un bien au paiement préférentiel du créancier. » L'article 2877 disposait que la « sûreté garantit l'exécution d'une obligation » et qu'elle « ne peut procurer au créancier aucun enrichissement ».

L'ordonnance du 23 mars 2006 n'a pas repris cette proposition laissant ainsi le débat actuellement ouvert, d'autant que les tribunaux français attribuent ou rejettent la qualification de sûreté sans jamais se risquer à une définition. V. dans ce sens A. B. ADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal, 2012, n° 453, qui soutient que la situation en droit civil québécois n'est pas très différente de celle du droit français, raison pour laquelle, la majorité des auteurs composant la doctrine québécoise reste plutôt en faveur d'une conception extensive de la notion de sûreté comprenant en son sein les propriétés-sûretés.

⁸⁵⁵ Le professeur P. CROCQ, s'il a défini la notion de sûreté, ne s'est pas préoccupé de celle de sûreté réelle, en raison de l'incapacité de la distinction bipartite traditionnelle à rendre compte de la diversité des sûretés existantes.

⁸⁵⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 565.

723. À l'évidence, les définitions techniques proposées par la doctrine associant la notion de sûreté au seul droit de préférence se révèlent inadaptées afin d'intégrer les propriétés-sûretés et, notamment, la clause de réserve de propriété⁸⁵⁷. Ces propriétés sûretés se classent en effet, de l'avis de la majorité de la doctrine, parmi les sûretés. Pour preuve, certains en livrent des études détaillées au sein de leurs ouvrages consacrés aux sûretés réelles⁸⁵⁸.

La clause de réserve de propriété a reçu la qualification de sûreté dernièrement par le législateur français, par le droit fédéral canadien dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et, dans une certaine mesure, par le droit civil québécois⁸⁵⁹. Dès lors, il nous paraît impératif d'insérer dans une proposition de définition de la notion de sûreté réelle au côté du droit de préférence, le droit exclusif qui fait référence au droit de propriété qui peut être utilisé à titre de sûreté par voie de cession (fiducie-sûreté ou cession de créance par bordereau *DAILLY*) ou par voie de rétention (droit de rétention).

724. En droit français des propositions de définitions fonctionnelles des sûretés réelles ont été proposées. Mais elles ont presque toutes en commun, l'exclusion des propriétés sûretés.

Pour RIFFARD, « *La finalité de la sûreté, l'affectation d'un bien meuble, et le caractère accessoire seraient les trois critères principaux qui devraient nous permettre de parvenir à la qualification d'une convention en une sûreté réelle mobilière. À partir de là, il semble possible de proposer une définition de la notion de sûreté réelle mobilière. Devrait être qualifiée ainsi, toute technique ou convention qui a pour finalité principale de garantir l'exécution d'une ou plusieurs obligations par le biais de l'affectation à la satisfaction du*

⁸⁵⁷ N. BORGA, L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, op. cit., p. 380.

⁸⁵⁸ Pour un exemple : M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, qui présentait dans leur ouvrage (7^e éd. 2004) la classification suivante : « Les sûretés conçues comme telles » et les « sûretés par voie détournée et les autres garanties »; Du côté du Québec, cités par A. B. ADIBA, op. cit., note 1433 ; L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, p. 5 et 891-1065, divise son ouvrage entre les priorités, les hypothèques et la propriété à titre de sûreté. Il consacre un chapitre entier aux propriétés sûretés puisqu'il retient, de l'aveu de l'auteur, une conception large de la notion de sûreté; J. DESLAURIERS, *Les sûretés réelles au Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2008, p. 31-33, cet auteur les présente rapidement comme des mécanismes de préférence et de protection des droits des créanciers sans les qualifier de sûretés, ils ne les traitent pas dans un chapitre particulier de son ouvrage; D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, 2^e éd., Sherbrooke, Éditions R.D.U.S., 2005, p. 49. Cet auteur les désigne comme des mécanismes de garanties et fait état, sur quelques pages, du débat lié à leur qualification par le droit positif. Par ailleurs, il regrette que : « *Le législateur ait choisi d'intervenir à la pièce plutôt que par une disposition générale créant un système applicable aux mécanismes de sûretés impliquant la propriété* ».

⁸⁵⁹ C. civ., art. 2367 et C.c.Q., art. 1745 et 1749 (soumission aux formalités de publicité auprès du RDPRM et aux recours hypothécaires).

créancier d'un bien ou d'un ensemble de biens meubles appartenant au débiteur, laquelle affectation va conférer au créancier un droit préférentiel au paiement »⁸⁶⁰.

Pour le Vocabulaire juridique publié sous l'égide de l'association Henri Capitant, la sûreté est définie comme celle « *assise sur une chose [...] qui offre au créancier qui en est nanti, pour la garantie de sa créance, non la solvabilité d'une personne [...], mais la valeur de la chose qui en est grevée ; plus précisément, sûreté portant sur un ou plusieurs biens déterminés, meubles ou immeubles, appartenant au débiteur ou à un tiers, consistant à conférer au créancier, sur ce bien, un droit réel* »⁸⁶¹.

De manière plus précise, Messieurs CABRILLAC et MOULY ont relevé trois critères⁸⁶² de la notion de sûreté réelle qu'ils rangent des plus essentiels au moins essentiels. Le premier, qualifié de « *nécessaire et même prépondérant* » réside dans le paiement préférentiel dont bénéficiera le créancier. Le deuxième, une technique particulière mise en œuvre pour atteindre ce but, l'affectation, et, enfin, une nature particulière, celle d'accessoire de la créance. Ils déduisent de ces éléments ou critères qu'une sûreté réelle doit s'entendre comme « *un accessoire de la créance qui confère au créancier le droit au paiement préférentiel sur la valeur d'un bien ou d'un ensemble de biens qui lui est affectée* ».

MESTRE, PUTMAN et BILLIAU, qui ont consacré de longs développements à cette question, aboutissent à une définition *à priori* assez proche. Selon ces auteurs, la « *notion de sûreté réelle est ainsi définie, par la réunion cumulative de deux caractères, l'affectation et la rupture d'égalité, mais ce qui nous paraît constituer son essence même, c'est cette technique spécifique de rupture d'égalité que constitue le droit de préférence* »⁸⁶³.

Les conséquences tirées de ces définitions assez voisines dans leur formulation sont radicalement différentes. Ainsi MESTRE, PUTMAN et BILLIAU rejettent-ils hors de la catégorie des sûretés réelles les propriétés-garanties en raison de l'exclusion du concours auxquelles elles aboutissent⁸⁶⁴, incompatible avec l'idée de droit de préférence.

À l'inverse, si CABRILLAC et MOULY ont pu distinguer les « *sûretés conçues comme telles* »⁸⁶⁵ des « *autres garanties* »⁸⁶⁶, ils entendent l'idée de paiement préférentiel de manière

⁸⁶⁰ J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n°639.

⁸⁶¹ *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, sous la direction de G. CORNU, Quadrige/PUF, 10^e éd., 2014, p. 1002, 3°.

⁸⁶² M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n° 567.

⁸⁶³ J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 12 et 140.

⁸⁶⁴ J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 12 et 140.

⁸⁶⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, p. 419. Il faut préciser que cette classification a subi une modification. Dans sa 7^e édition. Ces auteurs qualifiaient toujours les propriétés sûretés de « *sûretés par voie détournées* » qu'ils rangeaient dans le même chapitre que les autres garanties.

⁸⁶⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, p. 453.

souple, ce qui les conduit à qualifier de sûretés réelles : la propriété fiduciaire, la propriété réservée et l'action directe⁸⁶⁷. Sont rejetées dans la catégorie des garanties : le crédit-bail, la propriété de la provision de la lettre de change, le droit de rétention, l'exception d'inexécution, la résolution pour inexécution, la compensation et les sûretés dites « négatives ».

Pour les professeurs SIMLER et DELEBECQUE : « *Est sûreté réelle tout droit préférentiel conféré* », dans le but de garantir l'obligation d'un débiteur, « *au créancier sur le patrimoine ou sur tels biens déterminés du débiteur ou d'un tiers, qu'il s'agisse d'un droit réel principal accessoire ou que ce droit ne relève pas de la catégorie des droits réels* »⁸⁶⁸.

Si cette définition se veut la plus large possible, elle ne sera pas reprise dans la mesure où elle prend un point de départ classique, le droit de préférence, pour ensuite le décliner sous trois formes, droit réel principal, droit réel accessoire et droit ne relevant pas de la catégorie des droits réels. Or, l'idée de droit de préférence est inapte à englober les situations dans lesquelles le créancier est en situation d'exclusivité ou, lorsqu'au contraire, sa situation se caractérise essentiellement par la passivité⁸⁶⁹.

On peut extraire, à partir de la proposition du professeur P. CROCQ⁸⁷⁰ et de la diversité des définitions proposées par la doctrine française et québécoise⁸⁷¹, trois critères essentiels et spécifiques caractérisant la notion de sûreté dont le contenu diffère selon les auteurs : une finalité, une technique et un effet.

Ainsi, la finalité poursuivie serait l'assurance de la satisfaction du créancier.

La technique serait l'octroi d'un droit sur la valeur d'un bien. On pourrait encore utiliser la notion d'affectation. La valeur du bien serait ainsi affectée au paiement de l'obligation.

L'effet de la sûreté consisterait à donner une préférence ou une exclusivité au créancier, ce qui le différencierait d'un créancier ordinaire.

⁸⁶⁷ *Contra* : J. MESTRE, E. PUTMAN ET M. BILLIAU qui rejettent la qualification de sûreté tant à la propriété fiduciaire qu'à la propriété réservée (*op. cit.*, n° 24 et s.) ou à l'action directe (*op. cit.*, n° 130).

⁸⁶⁸ Ph. Simler et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37 p. 27.

⁸⁶⁹ V. l'acte uniforme portant organisation des sûretés réelles du 17 avril 1997 qui, bien que définissant en son art. 2 al.2, par référence au droit préférentiel qu'elles procuraient au créancier nanti, énumérait le droit de rétention au titre des sûretés réelles mobilières en son art. 39.

⁸⁷⁰ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, th., Paris, Faculté de droit, Université de Paris II, 1992, n°282.

⁸⁷¹ Citée par A. B. ADIBA, *op. cit.*, note 1437, p. 352.

La définition fonctionnelle des sûretés réelles sera axée donc sur les trois critères principaux et traditionnels qui ressortent clairement de toutes les définitions jusque-là proposées par la doctrine.

Premier critère, toute sûreté réelle a pour objet un bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel. Par le biais d'une sûreté réelle, le créancier va se voir conférer un droit préférentiel sur un bien ou un ensemble de biens du patrimoine de son débiteur, lesquels biens auront été affectés par ce dernier au paiement d'une créance.

Mais ce qui sera le plus déterminant dans cette recherche de définition, c'est la clarification de la question de la propriété du bien remis en garantie. Le créancier acquiert-il par ce transfert la propriété du bien ou une propriété sur la valeur du bien ?

La réponse à cette question nous amène au deuxième critère qui réside dans le lien entre la sûreté et la créance, car toute sûreté n'a de raison d'être que s'il existe corrélativement une créance dont elle a pour objet de favoriser le paiement.

Le troisième critère serait celui de la finalité de l'opération. Une approche fonctionnelle des sûretés réelles suppose que soient regroupés⁸⁷² sous cette qualification un certain nombre de mécanismes ou d'institutions qui ont pour trait commun de tendre à la garantie de l'exécution d'une obligation.

725. Ainsi, le guide législatif sur le droit de l'insolvabilité élaboré par la CNUDCI le 25 juin 2004 vise aussi une définition fonctionnelle de la notion de sûreté réelle qui serait « *un droit sur un actif garantissant le paiement ou autre exécution d'une ou plusieurs obligations* »⁸⁷³.

726. En droit canadien, le professeur R. MACDONALD a énoncé, en 1993, au travers du principe de l'essence de l'opération une série de dispositions législatives qui définiraient la notion d'hypothèque⁸⁷⁴. Plus récemment, cet auteur a énoncé clairement la notion dans les termes suivants: « *une sûreté réelle est constituée par l'affectation spécifique et délibérée d'un bien à la satisfaction d'une créance, qui a pour conséquence d'améliorer la*

⁸⁷² V. dans ce sens J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n°632.

⁸⁷³ COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, 2004, en ligne: http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf.

⁸⁷⁴ R. A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la "présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527, aux pages 545-551.

situation juridique du créancier en remédiant aux insuffisances du gage commun des créanciers»⁸⁷⁵.

Épousant ces caractéristiques de la sûreté réelle, une auteure canadienne⁸⁷⁶ en est arrivée à donner la définition suivante, qui emporte notre assentiment : « *une sûreté mobilière confère un droit sur la valeur d'un bien ayant un effet préférentiel ou exclusif, au profit d'un créancier, à raison et dans la mesure de l'exécution de sa créance* ».

727. En droit français, N. BORGA, dans le prolongement de sa définition des sûretés⁸⁷⁷, propose une définition qui tranche avec toutes celles qui étaient proposées jusque-là. Pour lui les sûretés réelles devraient s'entendre comme : « *tout procédé spécifique, portant sur le patrimoine ou certains éléments du patrimoine du débiteur, mis en œuvre par un créancier et lui octroyant un droit d'agir pour obtenir directement ou indirectement l'exécution d'une obligation, ou un droit d'opposition lui permettant de parer à l'inexécution* »⁸⁷⁸. Cela afin « *d'appréhender sous la définition dégagée, l'ensemble des sûretés réelles traditionnelles, mais également toutes les propriétés-garanties, qu'elles soient fiduciaires ou non fiduciaires* »⁸⁷⁹.

728. Ces définitions fonctionnelles des sûretés réelles mobilières ne sont pas très éloignées, à quelques mots près, de celle énoncée par l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés qui décrit, plutôt que de définir, les sûretés réelles comme « *...les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui (...) consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation* »⁸⁸⁰.

⁸⁷⁵ A. MACDONALD et J.-F. MÉNARD, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », dans S. NORMAND, *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006, pp. 323-325 et 333. Selon ces auteurs, cette définition serait inspirée de celle de P. CROCQ, et enrichie de celle de Jean- François RIFFARD, *Notes de cours. Essai de définition de la notion de sûreté*, Faculté de Droit et de Science politique de Clermont-Ferrand [texte non publié]. Ces auteurs rangent parmi les sûretés réelles : le gage, l'hypothèque, les propriétés sûretés comme la réserve de propriété, la vente à réméré, la clause résolutoire et la dation en paiement. Cité par Aurore Ben Adiba, *op. cit.*, note 1415.

⁸⁷⁶ A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°461, p. 353.

⁸⁷⁷ N. BORGA, *op. cit.*, n°405.

⁸⁷⁸ *ibidem*, n°407

⁸⁷⁹ N. BORGA, *op. cit.*, n°408.

⁸⁸⁰ V. art. 4 alinéa 2 de l'AUS.

729. Le législateur OHADA a donc élargi⁸⁸¹ la définition des sûretés réelles pour pouvoir y intégrer dorénavant les propriétés sûretés.

L'intérêt d'une définition fonctionnelle et extensive des sûretés en droit OHADA se manifeste encore ici, car sans cela une approche fonctionnelle des sûretés réelles serait fortement contrariée, voire incohérente. C'est pourtant, sans l'exprimer clairement, la voie que semble avoir empruntée le législateur africain suite à la réforme intervenue en 2010 en élargissant le domaine de définition des sûretés réelles et en réorganisant modestement les règles régissant le registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM).

§ 2. L'organisation fonctionnelle des règles d'opposabilité et de priorité.

730. Pour pouvoir manifester leurs effets à l'égard des tiers⁸⁸², pour leur être opposable, l'existence de la plupart des sûretés réelles doit leur être déclarée. Autrement dit, le titulaire de la sûreté ou toute autre personne investie de ce pouvoir, doit procéder à l'enregistrement, l'inscription, à la publicité⁸⁸³ ou publication. On distingue généralement deux (2) modes de publicité des sûretés réelles. D'une part, les sûretés réelles constituées avec dépossession du débiteur (ou constituant) où la remise matérielle du bien par le débiteur au créancier et sa détention continue feront office de publicité, sans qu'il y ait nécessité de procéder à l'inscription de la sûreté à un registre quelconque pour en assurer l'opposabilité aux tiers. D'autre part, les sûretés réelles constituées sans dépossession qui devront normalement faire l'objet d'une inscription à un registre, afin d'en assurer l'opposabilité aux tiers. Bien entendu, il demeure toujours possible d'inscrire la sûreté mobilière avec

⁸⁸¹ V. ancien art. 2 de l'AUS qui définissait en son alinéa 2 les sûretés réelles comme consistant « dans le droit du créancier de se faire payer, par préférence, sur le prix de réalisation du bien meuble ou immeuble affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur ».

⁸⁸² L'opposabilité est définie comme « l'aptitude d'un droit, d'un acte (convention, jugement, etc.), d'une situation de droit ou de fait à faire sentir ses effets à l'égard des tiers... » : Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, sous la direction de G. CORNU, Quadriga/PUF, 9^e éd., p. 706.

⁸⁸³ La publicité est définie comme : « le caractère de ce qui est destiné à être connu du public et mis à sa disposition sous forme de moyen d'information à consulter... » : id. n°3, p. 823 ; Dans ce sens voir S. CORNELOUP, La publicité des situations juridiques, une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé, préf. Paul LAGARDE, L.G.D.J., 2003, n°9, pour qui la publicité doit s'appréhender uniquement par sa seule « fonction d'information du public ».

Mais pour mieux cerner la notion de publicité des sûretés réelles il faut s'intéresser à celle de la publication qui est définie comme : l'« accomplissement d'une formalité légale de publicité (affichage, insertion dans la presse, inscription sur un registre public, etc.) destiné à prévenir les tiers (...), à leur rendre opposable l'acte ainsi publié ». *ibidem*, n°4, p. 822.

dépossession au registre mobilier après sa constitution⁸⁸⁴. Enfin, s'ajoute parfois, à ces deux modes de publicité, une variante, qui est une forme de dépossession fictive : celui du « *contrôle* »⁸⁸⁵ ou la « *maîtrise* »⁸⁸⁶. Autre variante possible, le mécanisme de la signification (ou de la notification), lorsqu'il équivaut à la remise de possession nécessaire à la constitution d'un gage, mais il peut aussi simplement constituer une formalité d'opposabilité additionnelle, applicable en toute circonstance, et non pas un mécanisme de constitution.

731. L'efficacité et l'effectivité de tout régime de sûretés reposent sur le système de publicité⁸⁸⁷ qui le sous-tend. « *Les mécanismes de publicité ont pour fonction d'assurer l'opposabilité des transactions. Ils ont aussi pour mission de permettre l'édification d'un ordre de priorité entre les créanciers* »⁸⁸⁸.

Une autre facette de l'importance de la mise en place d'un système de publicité unique et centralisé se trouve dans la généralisation des sûretés réelles mobilières sans dépossession. Il s'agit comme le dit J. F. RIFFARD « *de résoudre la délicate question de la propriété apparente et d'assurer la parfaite opposabilité de la sûreté aux tiers* »⁸⁸⁹.

732. Longtemps, les sûretés réelles notamment mobilières furent limitées aux seuls biens meubles corporels. Les progrès informatiques ont changé la donne. Ce qui était autrefois impensable est devenu réalité.

⁸⁸⁴ En droit OHADA aucune disposition ne semble interdire formellement l'inscription au RCCM d'une sûreté réelle constituée avec dépossession. L. B. YONDO et alii, *op. cit.*, n° 270, affirment à ce propos, parlant du gage avec dépossession que : « ... rien ne s'oppose, dans l'article 97 de l'AUS, à l'inscription d'un gage avec dépossession ». Voir dans le même sens, U.C.C. § 9-308 (c) (2010) ; C.c.Q., art. 2707 ; *Loi type de la BERD*, art. 8.2, 8.5-8.6, 9.3 ; *Guide législatif sur les opérations garanties*, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », para. n° 46.

⁸⁸⁵ V. *Guide législatif sur les opérations garanties, op. cit.*, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », para. n° 34 (V) et 49.

⁸⁸⁶ V. C.c.Q., art. 2714.1. ; v. L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le code civil du Québec*, 4^e éd., Yvons Blaise, 2010, n° 820 et s., spéc., n°822 et 889.

⁸⁸⁷ V. dans ce sens S. CORNELOUP, *op. cit.*, n° 1, p. 2, in fine, qui soutient opportunément que : « dans le domaine des droits subjectifs, l'amélioration de la connaissance des situations juridiques par les tiers passe aujourd'hui par un perfectionnement des modes de publicité, c'est-à-dire essentiellement par une informatisation des registres publics » ; F. DAHAN, *op. cit.*, p. 102 et s. qui affirme au sujet de sûretés mobilières que « leur enregistrement est un aspect indispensable pour l'efficacité de ces instruments » ; J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 174, p. 113 ; M. U. EMIEN, « L'inscription des sûretés mobilières dans les actes uniformes de l'OHADA relatifs au droit commercial général et aux sûretés », in PENANT, n°860, Doctrine, p. 356 et s ; A. DELABRIÈRE, « Le registre du commerce et du crédit mobilier(RCCM) instrument d'information et de sécurité des créances dans l'espace OHADA », in PENANT, n° spécial, p. 379 et s.

⁸⁸⁸ L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 231.

⁸⁸⁹ J.-F. RIFFARD, *loc. cit.* ; égal. F. DAHAN, *loc. cit.*, qui réaffirme l'importance de la publicité des sûreté sans laquelle « le créancier ne peut pas être certain que les biens n'ont pas été préalablement donnés en gage à un autre créancier(...) les tiers ne peuvent acquérir des biens sans la certitude que ceux-ci ne font l'objet d'un gage qui pourrait leur être opposable ».

D'un régime de sûretés réelles notamment mobilières fondé sur la tradition matérielle de la chose par le débiteur en faveur du créancier, l'on est passé à un régime permettant au débiteur de conserver la détention de biens meubles tout en les affectant de sûretés au profit de créanciers. Les sûretés mobilières sans dépossession, bien que présentant toujours plus d'incertitudes que les sûretés immobilières, sont néanmoins mieux desservies par l'établissement d'un registre nominatif informatisé, unique, centralisé, pour une région géographique donnée. Pour cette raison, les instruments internationaux d'harmonisation du droit le recommandent. Dans cette même veine, on envisage la création de registres internationaux.

733. Et, en raison de l'avènement du système de publicité par inscription, plusieurs auteurs ont suggéré d'abolir le gage comme mécanisme de publicité ou de le circonscrire aux seuls biens meubles corporels et titres négociables.

Nous nous attèlerons, à la lumière des recommandations du guide du CNUDCI sur les opérations garanties(A), à vérifier si le mode de publicité des sûretés actuelles au sein du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier remplit parfaitement les conditions d'un registre moderne et efficace(B) en vue d'une uniformisation future du droit des sûretés OHADA qui limiterait l'usage de la dépossession à sa part la plus congrue.

A. Les principes proposés au plan international

734. Aujourd'hui, en matière de publicité des sûretés réelles en plus du système unique et centralisé, trois modes sont les plus usités que sont la dépossession, le contrôle, variante de la dépossession, et l'immatriculation sur des registres spéciaux.

Ces modèles se retrouvent au sein des législations aussi bien nationale, régionale qu'internationale⁸⁹⁰.

735. Une synthèse de ces techniques est matérialisée dans le cadre du guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. En effet, le guide recommande le mode qu'il considère comme le plus complet à savoir la publicité par enregistrement d'un avis

⁸⁹⁰ V. A. LEDUC, *op.cit.*, p. 228 et s. qui fait un exposé sur les différents mécanismes de publicité des sûretés mobilières contenus dans des législations nationales telles que celles des États-Unis, du Québec, ou élaborés au niveau d'organismes régionaux et internationaux tels, la BERD, la loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières(LTIRSM) et le guide législatif sur les opérations garanties de la CNUDCI.

auprès d'un registre unique des opérations garanties. Il privilégie le mécanisme de l'inscription comme premier mode de publicité. Tout autre mode y sera alternatif. Ainsi, la dépossession, en présence d'un tel registre, devrait être limitée aux seules choses corporelles et titres négociables⁸⁹¹.

C'est ce modèle qui a emporté l'assentiment du législateur africain avec la création du RCCM qui centralise presque⁸⁹² toutes les publicités des sûretés réelles effectuées sans dépossession du constituant.

736. Le choix des recommandations et principes établis par le guide législatif de la CNUDCI répondent au souci de clarté et de légitimité que nous voulons voir imprimer au RCCM en droit OHADA. En outre, l'élaboration de ces principes est le fruit ou le condensé amélioré des règles prévues dans les autres modèles internationaux⁸⁹³.

Ces principes développés dans le cadre du guide législatif sur l'insolvabilité et du guide sur les opérations garanties se résument parfaitement dans les trois critères suivants :

1) Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un avis dans un registre général des sûretés.

Pour qu'un régime sur les opérations garanties puisse fonctionner de manière efficace, il est important que toutes les parties soient en mesure de déterminer avec un degré de certitude suffisant l'étendue des droits du constituant et des tiers sur les biens à grever. Le principal moyen d'atteindre cet objectif de sécurité, tout en respectant et en abordant les considérations de confidentialité, est d'établir un registre général des sûretés pour l'inscription d'avis sur l'existence potentielle d'une sûreté réelle mobilière. Un tel système n'exige ni que tous les documents soient soumis pour vérification ni qu'ils soient eux-mêmes enregistrés. Les fichiers du registre seraient consultables par toutes les parties intéressées.

2) Établir des règles de priorité claires et prévisibles

Un créancier potentiel doit être en mesure non seulement de déterminer les droits du constituant et des tiers sur les biens à grever, mais aussi d'établir avec certitude, au moment où il accepte de consentir un crédit, le rang de priorité qu'aurait sa sûreté par rapport aux droits d'autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité du constituant).

⁸⁹¹ Guide législatif sur les opérations garanties, *op. cit.*, « Chapitre III. Opposabilité d'une sûreté réelle mobilière », p. 14-15, 41-42 (en particulier les Recommandations 32-33).

⁸⁹² V. développement infra sur le RCCM.

⁸⁹³ V. dans ce sens L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 228 et s. qui fait une comparaison des modes de publicité tels qu'envisagés par le droit américain, québécois, la loi type de la BERD, la loi type inter-américaine relative aux sûretés mobilières et le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties.

Aussi un régime moderne sur les opérations garanties doit-il fixer des règles claires permettant aux créanciers potentiels de déterminer, dès le début de l'opération, le rang de priorité de leurs sûretés de manière fiable, rapide et économique.

3) Aider les créanciers garantis à exercer leurs droits efficacement

Une sûreté réelle mobilière sera également sans grande utilité pour un créancier garanti, si elle ne peut être réalisée de manière effective et efficace. Un régime moderne sur les opérations garanties comportera des dispositions qui décrivent avec précision les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis lors de la réalisation. Ce régime permettra aux créanciers garantis de réaliser leurs sûretés par voie extrajudiciaire, sous réserve qu'un tribunal ou une autre autorité contrôle, supervise ou examine le processus de réalisation, lorsqu'il y a lieu. Un tel régime exige aussi que l'État coordonne étroitement son droit des opérations garanties et celui de l'insolvabilité de sorte que l'efficacité et la priorité antérieures à l'insolvabilité, de même que la valeur économique, d'une sûreté soient respectées en cas d'insolvabilité du constituant sous réserve des règles appropriées du droit de l'insolvabilité.

Par ailleurs, le guide sur les opérations garanties donne des recommandations quant au registre type qui pourrait être consacré par les États qui le souhaiteraient.

737. Mais avant l'élaboration ou l'institution de ce registre parfait, il convenait de préciser les effets de l'enregistrement relativement à la validité et l'existence même de la sûreté.

En effet, dans certains systèmes l'enregistrement conditionne l'existence de la sûreté ou simplement de son opposabilité au tiers⁸⁹⁴. Dans d'autres au contraire, il s'applique des concepts dérivés du modèle américain des sûretés que sont *l'attachment et la perfection*⁸⁹⁵.

L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, pour des raisons qui tiennent peut être à l'héritage juridique civiliste de ces États membres, a opté pour le premier concept en faisant de la publicité la condition principale de l'opposabilité de la sûreté aux tiers.

⁸⁹⁴ Cette approche a été adoptée par la majorité des pays de l'Est Européen, tels que la Hongrie, la Pologne, la Bulgarie.

⁸⁹⁵ *L'attachment* impliquent qu'une sûreté existe à proprement parler dès qu'elle a été *attached*, c'est-à-dire que les parties se sont engagées contractuellement, le créancier ayant également versé les fonds en relation avec la créance. Un droit de sûreté qui a été *attached* est en principe opposable aux tiers, mais la liste de ces tiers est extrêmement limitée. La *perfection* découle de l'enregistrement de la sûreté au registre (ou bien la prise de possession dans le cas d'une sûreté avec dépossession). La *perfection* peut avoir lieu à n'importe quel moment, y compris avant même que le contrat de sûreté soit signé ou même négocié. Elle ne consiste pas à publier la sûreté en tant que telle. Elle permet surtout d'informer les tiers que les deux parties qui apparaissent dans le registre (le débiteur et le créancier) sont susceptibles, à un moment ou à un autre, d'être entrées en relations d'affaire impliquant la prise de sûretés sur biens mobiliers.

B. L'organisation moderne de la publicité et de l'opposabilité des sûretés réelles

OHADA

738. Le rôle essentiel d'un registre unique et moderne de publicité pour tout système de sûreté qui se veut moderne et efficace est aujourd'hui indéniable. À titre illustratif, pour organiser la dépossession du débiteur lorsque le bien objet de la garantie est incorporel ou immatériel, il s'avère indispensable d'avoir un registre de publicité bien organisé.

739. Le législateur communautaire contrairement à des législations plus anciennes, s'est démarqué en instaurant la publicité dans un registre du crédit mobilier unique depuis l'adoption du premier acte uniforme portant organisation des sûretés en 1997. Ainsi, le RCCM (le Registre de Commerce et du Crédit Mobilier) est censé recueillir diverses informations, mais principalement celles relatives à la constitution de garantie sur des biens meubles.

740. Le RCCM est devenu un outil de publicité des sûretés mobilières dans des pays où l'efficacité des garanties n'était jusqu'alors que très relative et où la dépossession du constituant demeurait l'une des conditions souvent requises par le bénéficiaire, rendant ainsi le recours à la sûreté matériellement difficile à réaliser et limitant « *de facto* » l'accès au crédit des entreprises et du développement économique. C'est précisément pour permettre aux entreprises d'obtenir plus facilement du crédit auprès des organismes de crédit que l'AUDCG et l'AUS ont prévu et organisé la publicité et les règles de priorité des sûretés mobilières. Le RCCM est donc qualifié d'instrument de crédit « *non pas en ce qu'il confère lui-même un crédit, mais en ce qu'il représente, par l'inscription des sûretés et la publicité des titres qu'il constate, un moyen de rendre ces derniers opposables aux tiers et de permettre leur exécution et la restitution des sommes ou meubles en cas de défaillance du débiteur* »⁸⁹⁶.

741. En octobre 1993, lors de l'adoption du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires, le constat général et unanime était que le Registre du Commerce était devenu obsolète, en sorte qu'il ne jouait plus son rôle dans la sécurisation des affaires. L'AUDCG, adopté le 17 avril 1997, a institué le RCCM, officialisant ainsi dans son titre, la double

⁸⁹⁶ V. A. DELABRIERE, *op. cit.*, p. 390.

fonction d'immatriculation des commerçants et d'inscription de certaines sûretés mobilières ainsi que du crédit-bail pour toutes les personnes immatriculées ou non. Le souci des États parties de l'OHADA étant de créer un espace juridique et économique commun, ils ont voulu faciliter la collecte et la diffusion d'informations par les RCCM de chaque pays. Ainsi, le fichier national et le fichier régional ont été créés par l'AUDCG, qui centralisent, pour le premier, les renseignements consignés dans chaque RCCM et, pour le second, ceux conservés dans chaque fichier national.

742. La pratique des affaires a mis en exergue l'utilité des RCCM et des fichiers, mais elle a également constaté que leurs missions étaient mal remplies⁸⁹⁷. L'état des lieux résultant de l'évaluation systématique de l'AUDCG a montré que l'orientation voulue pour le RCCM et les fichiers devait être maintenue. Néanmoins, il était nécessaire de faire évoluer l'institution pour en faire un véritable registre économique, afin qu'elle joue un rôle d'information économique certain, tant au niveau local, national, régional, voire international. Les principes de la réforme du RCCM sont le renforcement de la sécurité, l'amélioration de la publicité et la transparence, qui impliquent le maintien de ses structures et de ses missions, ainsi que sa rénovation.

Jusqu'à la réforme des Actes uniformes portant organisation des sûretés et de celui portant droit commercial général en 2010, les règles régissant l'inscription et l'opposabilité des sûretés mobilières étaient contenues pour partie dans l'AUDCG⁸⁹⁸ et dans l'AUS⁸⁹⁹. La réforme intervenue instaure une certaine cohérence en « *créant un droit commun de l'inscription des sûretés mobilières* »⁹⁰⁰, uniquement au sein de l'AUS. Éloignant ainsi le spectre de désordre qui planait⁹⁰¹ sur l'inscription de ces sûretés mobilières.

743. Ce registre joue un rôle majeur et incontournable dans la préservation et le développement du crédit. En effet, il constitue à ce jour l'unique source d'information pour le créancier et pour tous les acteurs du crédit. Son rôle est donc essentiel surtout en matière de sûretés mobilières avec la promotion de plus en plus grande des sûretés sans dépossession.

⁸⁹⁷ V. A. DELABRIERE, *op. cit.*, p. 390.

⁸⁹⁸ Anciens art. 44 à 68 de l'AUDCG.

⁸⁹⁹ Anciens art. 40, 67, 72, 74, 77 à 90, 95, 96, 99, 102, 108 AUS.

⁹⁰⁰ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA, *op. cit.*, n° 176.

⁹⁰¹ *Idem*.

744. À l'occasion de la réforme du droit des sûretés en décembre 2010, il a subi un « *lifting* » afin de répondre aux exigences actuelles⁹⁰² et surtout à l'évolution et la célérité dans le domaine des affaires.

Pour répondre à ces attentes et remplir pleinement sa fonction, les modalités d'inscriptions des sûretés réelles notamment mobilières, et les effets découlant de leur inscription ont été précisés ou améliorés.

Ces améliorations substantielles en vue d'une modernisation de la publicité des sûretés mobilières en droit OHADA nécessitent d'être poursuivies dans l'optique de l'élimination de tout « *occultisme* ».

745. En effet, le législateur pour des raisons plus ou moins inexplicables n'a malheureusement pas étendu l'exigence de la publicité⁹⁰³ à toutes les sûretés réelles, remettant plus ou moins en cause ce « *droit commun de l'inscription ou de publicité* »⁹⁰⁴ des sûretés mobilières qu'il a bâti.

Pour rester conforme à sa logique et rester en même temps dans la droite ligne de ce que prescrit la CNUDCI, une solution aurait été peut-être de prescrire cette obligation de publicité, sans y attacher les mêmes effets que pour les autres sûretés.

En outre, nous préconisons un abandon du principe du registre compétent pour accueillir l'inscription des sûretés mobilières. Cette exigence qui pose problème dans certains cas⁹⁰⁵, ne se justifie pas ou ne se justifiera plus, une fois que l'informatisation des registres sera complète, en raison de la possibilité d'inscrire et le consulter en tout temps et en tout lieu.

746. S'il existe plus ou moins désormais un « *droit commun de publicité* » en matière de sûretés réelles mobilières, l'indépendance reste la norme en matière de sûretés immobilières.

⁹⁰² « La réforme de l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) de l'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique (OHADA) répond à une nécessité d'actualisation et de modernisation de certaines dispositions, dont celles relatives au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM), par la voie du maintien de ses structures et de ses missions, ainsi que par le biais de sa rénovation », Marie-Andrée NGWE et Serge JOKUNG, « La réforme du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dans la zone OHADA », in Dr. et patr., n° 281, mars 2011, p. 56.

⁹⁰³ L'efficacité (opposabilité aux tiers) des sûretés mobilières telles que le transfert fiduciaire d'une somme d'argent (art. 87 et s. AUS), le nantissement de comptes de titres financiers (art. 146 et s).

⁹⁰⁴ Le terme est abondamment utilisé par P. CROCQ pour traduire l'obligation généralisée de publicité imposée à tout (ou presque) créancier détenteur d'une sûreté mobilière. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n°176.

⁹⁰⁵ En matière de cession de créance et de nantissement de créance notamment. V. dans ce sens la critique de P. CROCQ qui préconise une suppression de l'exigence de la publicité pour ces sûretés en raison de leur particularité et de l'impact négatif sur leur efficacité que cette exigence pourrait occasionner, P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n° 329 et 245.

En effet, la publication d'une sûreté conventionnelle ou judiciaire qui porte sur un bien immobilier relève de la compétence souveraine de chaque État membre⁹⁰⁶.

Le législateur OHADA s'est donc abstenu d'intervenir, malgré l'idéal d'uniformisation, sur un terrain assez sensible en Afrique laissant ainsi la prérogative à chaque État de continuer à organiser la publicité des hypothèques sur leurs registres domaniaux nationaux.

Cette situation paraît assez ubuesque dans un droit « *uniformisé ou harmonisé* » et pose différents problèmes quant à la crédibilité, à la fiabilité de l'inscription gérée par chaque État, mais aussi en cas de conflit entre créanciers hypothécaires sur le même bien.

Ainsi, au cas où plusieurs créanciers inscrivent leur hypothèque le même jour, la tâche revient exclusivement à chaque État d'effectuer le classement et de désigner lequel de ces créanciers primera l'autre. Ce qui pourrait avoir pour effet majeur d'obtenir des ordres de classement différents en fonction de la législation de chaque État⁹⁰⁷. Il aurait été pourtant plus simple et cohérent pour le législateur africain de prévoir ce classement afin d'éviter toute suspicion et toute confusion. Pour aller plus loin, nous pensons que le législateur africain devrait envisager, même s'il est vrai que la tâche paraît insurmontable, une uniformisation ou du moins une harmonisation de la publicité des sûretés immobilières. Dans la pratique, il ne s'agira pas d'arracher aux États la gestion de leurs bureaux de conservation foncière nationaux, mais d'organiser à plus ou moins long terme une centralisation des informations foncières de chaque État sur le modèle du RCCM. Cette idée peut paraître utopique au regard des intérêts en présence, mais pas impossible surtout s'il est fait par le biais de l'informatisation⁹⁰⁸. Cela contribuerait à renforcer la crédibilité et la sécurité procurée par cette sûreté réelle déjà très prisée par les acteurs économiques⁹⁰⁹.

747. L'organisation de la publicité des sûretés réelles ne saurait être complète sans une précision des règles de distribution ou de désintéressement des différents créanciers nantis.

⁹⁰⁶ V. art 195 alinéa 1^{er} qui prévoit que : « tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'État partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet ».

⁹⁰⁷ V. dans ce sens P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n° 452. Et la solution préconisée en droit français, v. art. 2134 du code civil. Et si toutes les hypothèques sont inscrites le même jour, elles viennent en concurrence, peu important l'ordre.

⁹⁰⁸ Le comité technique de normalisation OHADA (CNT-OHADA) créée en décembre 2010, « organe chargé d'assister l'OHADA dans la planification, la conception, l'élaboration, l'interprétation, l'évaluation, l'harmonisation et l'actualisation des normes uniformes applicables aux procédures électroniques dans les États parties » pourrait jouer un rôle important dans l'établissement d'un tel registre.

⁹⁰⁹ V. dans ce sens P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, *op. cit.*, n°12, p. 28.

748. Le concept de priorité est au cœur de tout régime efficace en matière d'opérations garanties. Il est décrit par le guide législatif du CNUDCI comme « *le principal moyen par lequel les États résolvent les conflits entre les droits de différents réclamants concurrents sur les biens du constituant. Le concept se traduit par un ensemble de principes et de règles qui définissent la mesure dans laquelle un créancier garanti peut jouir des effets économiques de sa sûreté sur un bien grevé du constituant par préférence à tout autre réclamant concurrent qui tient ses droits de ce même bien* »⁹¹⁰.

749. Pour tenir compte des approches différentes en matière de priorité adoptées par les États en rapport avec leur droit des biens, le guide s'est résolu à exclure de son champ de définition la concurrence opposant des réclamants dont les droits ne proviennent pas du même constituant.

Ces questions relèvent d'autres branches du droit d'un État. Le terme de priorité n'englobe donc que les situations de concurrence, que ce soit avant défaillance ou au moment de la réalisation, entre un créancier garanti et tout autre réclamant qui ont obtenu leurs droits du même constituant (voir, par exemple, recommandation 76).

En droit, les règles de priorité sont prévues et organisées, à la fois au sein de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés(AUS)⁹¹¹ et au sein de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif(AUPCAP)⁹¹².

750. La critique essentielle faite au législateur OHADA est que la réforme de l'AUS s'est effectuée en parallèle à celle de l'AUPCAP à l'instar de ce qui s'est passé en droit français⁹¹³. Ce qui s'est malheureusement soldé par une désarticulation entre ces deux disciplines, pourtant fortement imbriquées. Le risque serait donc que cette future réforme s'emboîte mal avec les dispositions actuelles de l'AUS. Mais le législateur semble avoir pris la pleine mesure de ce risque comme on peut le voir dans ses efforts d'intégration des nouvelles dispositions de l'AUS dans la réforme en cours de l'AUPCAP⁹¹⁴.

⁹¹⁰ Guide législatif CNUDCI sur les opérations garanties, *op. cit.*, Chap. IV, para. 1.

⁹¹¹ Art. 225 et 226 AUS. Le premier traite de la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles et le second des biens meubles.

⁹¹² Art 166 et 167 AUPCAP.

⁹¹³ V. A. LEDUC, *op. cit.*, p. 183, qui soutient opportunément qu' : « En parallèle, l'uniformisation intrinsèque des régimes de sûretés mobilières suppose une rationalisation des mécanismes de constitution, de publication et d'exercice des droits. Pour réussir, cette démarche doit s'arrimer à la réforme du droit de l'insolvabilité».

⁹¹⁴ A ce propos l'avant projet de réforme de l'AUPCAP nous donne des exemples d'articulations notamment en ses art. 103, 149, 167... etc.

751. Même si elle peut être parfaite, la publicité et l’opposabilité des sûretés réelles en droit OHADA semblent bien organisées et modernes. Il ne reste donc qu’à achever le chantier de l’informatisation et peut être entamer celui de l’uniformisation ou harmonisation des registres fonciers nationaux.

752. L’uniformisation que nous préconisons et telle qu’elle se pratique internationalement ne pourrait se réaliser que si certaines exigences essentielles liées à la définition des sûretés et à l’organisation efficace de la publicité des contrats de garantie sont remplies.

La définition large, fonctionnelle des sûretés implique celle des sûretés réelles avec pour conséquence une prise en compte des garanties exclues par l’application de la définition étriquée des sûretés. Toute cette œuvre serait inachevée si une bonne publicité des sûretés réelles qui garantit leur opposabilité, leur efficacité n’est pas établie en aval.

Les principales conditions d’une uniformisation ainsi exposées, il convient maintenant de s’intéresser aux techniques ou méthodes pour y parvenir.

Section 2 : Les principales méthodes juridiques d’uniformisation

753. Une réforme des garanties ne peut plus aujourd’hui s’envisager d’un point de vue uniquement national. Nous considérons que l’uniformisation doit se faire en s’inspirant « *du droit comparé, en naturalisant celles des sûretés étrangères qui ne sont pas en contradiction avec les principes fondamentaux de notre système juridique* »⁹¹⁵.

754. La doctrine identifie généralement quatre (4) grandes techniques possibles afin d’accomplir cette uniformisation gage de modernisation et de rationalisation du droit des sûretés réelles. Il y aurait, d’abord, l’approche dite « fonctionnelle » et unitaire, telle que proposée aux termes du Titre 9 du *Uniform Commercial Code* et d’autres législations qui s’en inspirent. On note, ensuite, le principe de l’énumération limitative des sûretés, émanant du droit civil français. Puis, le concept de la « *présomption d’hypothèque* », proposé par l’Office de révision du Code civil du Québec en 1978. Enfin, le principe dit de l’« *essence de*

⁹¹⁵ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n°238, p. 223.

l'opération », tel que formulé par R. A. MACDONALD. Notons que la principale pierre d'achoppement de l'atteinte de l'uniformité réside dans le traitement qui sera fait des propriétés - sûretés et de l'aliénation fiduciaire.

755. Ces différentes approches ont été plus ou moins adoptées dans le cadre d'élaboration de lois modèles et de guides internationaux relatifs aux opérations garanties. Ils existent donc des techniques nationales ou internes d'uniformisation (§ 1) du droit des sûretés qui ont inspiré des organisations régionales ou internationales dans leur volonté d'uniformisation de leur droit des sûretés (§ 2).

§ 1. Les techniques internes d'élaboration de l'uniformisation

756. Inspiré par le système américain du *Security interest* du *Uniform Commercial Code* (UCC) américain(A), l'uniformisation à travers une approche fonctionnelle des sûretés a inspiré les techniques canadiennes et spécialement québécoises d'uniformisation des sûretés réelles(B).

A. La technique américaine d'uniformisation du Uniform Commercial Code⁹¹⁶

757. L'idée principale et fondamentale qui sous-tend l'UCC est qu'il énonce en son livre IX «... *un ensemble de règles devant obligatoirement s'appliquer à toute sûreté mobilière qui entre dans son champ d'application* »⁹¹⁷.

Le droit nord-américain : l'approche fonctionnelle et le Security interest. En droit américain d'abord, l'article 9 du UCC a créé une sûreté mobilière unique et soumet ainsi à un même

⁹¹⁶ Voir: UNIFORM COMMERCIAL CODE, *Article 9, Secured Transactions; Sales of Account and Chattel Paper*, 1995 Text, Current Version, dans *Uniform Commercial Code, Official Text – 2000*, The American Law Institute, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2000, p. 779-780 [le « *Uniform Commercial Code – Official Text – 2000* »]. § 9-102. Policy and Subject Matter of Article.

« (1) Except as otherwise provided in Section 9-104 on excluded transactions, this Article Applies (a) to any transaction (regardless of its form) which is intended to create a Security interest in personal property or fixtures including goods, documents, instruments, general intangibles, chattel paper or accounts; and also (b) to any sale of accounts or chattel paper.

(2) This Article applies to Security interests created by contract including pledge, assignment, chattel mortgage, chattel trust, trust deed, factor's lien, equipment trust, conditional sale, trust receipt, other lien or title retention contract and lease or consignment intended as Security. This Article does not apply to statutory liens except as provided in Section 9-310.

(3) The application of this Article to a Security interest in a secured obligation is not affected by the fact that the obligation is itself secured by a transaction or interest to which this Article does not apply ».

⁹¹⁷ V. N. BORGA, *op. cit.*, n° 370.

régime tous les mécanismes conventionnels ayant pour finalité de constituer une garantie sur un bien meuble, quelle que soit la qualification donnée par les parties à la garantie constituée, ou encore son assiette. L'objectif était de supprimer les garanties occultes et soumettre à un régime unique diverses pratiques se multipliant en la matière. Cette approche fonctionnelle du droit des sûretés mobilières conduit cependant à nier la spécificité du droit de propriété lorsqu'il joue un rôle de garantie, ainsi que du droit de rétention conventionnel : en plus de conditions de constitution et de publicité uniformes, tous les créanciers sont soumis à la même procédure de réalisation en cas de défaillance.

758. Une distinction fondamentale entre les approches dites « *formaliste* » et « *fonctionnelle* » mérite cependant d'être faite.

759. L'approche dite « *formaliste* » relève essentiellement du principe de la liberté contractuelle, et réfère donc à la forme juridique de la transaction. On pourrait dire, jusqu'à un certain point, qu'elle n'est pas tant une approche, à proprement parler, qu'une situation de fait, caractérisée par un certain laisser-faire, du moins lorsque l'on considère l'état du domaine des sûretés mobilières aux États-Unis d'avant l'avènement du Titre 9^e du *Uniform Commercial Code*. Ainsi, grâce à l'ingéniosité des praticiens du droit, on a progressivement vu se développer autant de sûretés conventionnelles que l'imagination le permettait, dans le but de contourner les règles contraignantes parfois imposées, par les tribunaux ou par le législateur, à l'encontre des intérêts des créanciers. Ces sûretés conventionnelles obéissaient donc toutes à des critères variés et différents, en ce qui a trait à leurs formalités de constitution, de publicité, d'opposabilité et de réalisation. S'en suivirent de longs et coûteux litiges où le nœud principal du débat consistait, la plupart du temps, à qualifier juridiquement la transaction, afin de savoir si cela conférait une sûreté valide et opposable en faveur du créancier, qui respectait les critères particuliers à la forme juridique de la transaction envisagée.

760. L'approche dite « *fonctionnelle* » ou « *fonctionnaliste* » se présenta comme étant l'alternative à cette approche ou situation de fait dite « *formaliste* », et ce, au terme d'une évolution doctrinale et législative relativement lente aux États-Unis. On voulait éviter de voir se multiplier des sûretés conventionnelles aux formes juridiques particulières, et ainsi créer un régime unitaire, en ce qui concerne à la fois les formalités de constitution, de

publicité et celles de réalisation, et ce, sans égard à la qualification juridique donnée par les parties à la transaction. Ce faisant, on crut faire œuvre de modernisation et de rationalisation. L'objectif principal poursuivi par cette approche est sans doute de vouloir porter une solution définitive au problème de l'identification des droits des parties ou de tout tiers sur un bien meuble, sans égard à la personne qui en a la possession, c'est-à-dire la détention ou la garde physique, notamment par l'établissement de règles de publicité uniformes. La doctrine anglo-saxonne, dans le domaine, parle du « *ostensible ownership problem* », qui se pose généralement dans le cas des sûretés mobilières sans dépossession, ou dans le cas des réserves de propriété sur un bien meuble, autrement qualifiées de « *propriété-sûretés* » ou de « *quasi-sûretés* », voire dans le cas des baux de financement, des dépôts et des prêts à usage⁹¹⁸. Ainsi donc, en faisant obéir toute transaction ayant pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation à un seul et même régime juridique, on permet l'édification d'un système de publicité des droits sur les biens meubles et d'un ordre de collocation temporel (c'est-à-dire qui soit fonction de la date et de l'heure de l'inscription de la sûreté au registre approprié).

761. Ainsi, cette approche dite « *fonctionnelle* » ou « *téléologique* », doit être comprise en opposition à l'approche ou situation dite « *formaliste* ». La disposition de la section U.C.C. § 9-102 indique clairement que le Titre 9 du UCC, pris dans son ensemble, vise à régir toute transaction conventionnelle, à l'exclusion des privilèges légiférés, dont le but ultime est de conférer un *Security interest* à son titulaire, c'est-à-dire toute transaction ayant pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation. Cela signifie donc que l'on procède à la « [...] *qualification des opérations de garantie d'après l'intention des parties plutôt que d'après la forme utilisée [...]* »⁹¹⁹, ce qui n'est pas sans générer ses sources d'incertitudes.

762. Cette consécration de l'approche fonctionnelle et unitaire est le fruit d'une évolution législative et doctrinale qui s'étend sur plusieurs années.

On tenta en effet, dans certains États américains, de fondre les régimes juridiques applicables à ces instruments en un seul et même régime uniforme, en raison de l'apparente identité des objectifs poursuivis par les créanciers aux termes de ces transactions. Puis, quelques

⁹¹⁸ V. dans ce sens L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 132, qui cite Voir: Grant GILMORE, *Security Interests in Personal Property*, vol. 1, Boston, Little, Brown and Company, 1965, p. 24-25. Cette problématique vient du fait que pendant longtemps, possession et propriété furent indissociables, et qu'une préférence accordée à un créancier sans qu'elle ne fasse l'objet d'une publicité quelconque, en l'absence de dépossession du débiteur, présentait un air de fraude.

⁹¹⁹ R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 532.

décennies plus tard, les rédacteurs du projet de Titre 9 du UCC voulaient remédier à la situation qui prévalait jusqu'alors et que l'on identifiait comme étant le « *system of independent security devices* », c'est-à-dire cette situation de laisser-faire caractérisée par la prépondérance du principe de la liberté contractuelle en matière de sûretés mobilières et par une réglementation législative et jurisprudentielle éparse.

763. L'approche fonctionnelle devait servir de guide pour opérer les distinctions entre les divers types de sûretés, en lieu et place de la situation « *formaliste* » antérieure. On estimait cependant qu'il existait alors cinq (5) grandes catégories de financement, à savoir : le financement de l'inventaire et des comptes à recevoir; celui des dettes contractuelles incorporelles à long terme; celui de l'équipement industriel; le crédit agricole; le crédit aux consommateurs. Chacune de ces catégories devait initialement faire l'objet d'un titre distinct au Uniform Commercial Code. Les rédacteurs arrivèrent toutefois à la conclusion, lors du processus de rédaction, que les différences entre ces catégories n'étaient pas si importantes qu'on l'avait initialement cru. C'est ainsi que la fusion ultime des quatre (4) premières catégories susmentionnées s'opéra à l'intérieur d'un seul et même titre, c'est-à-dire le neuvième du UCC, le crédit aux consommateurs étant alors laissé sur la touche pour diverses raisons politiques.

764. Pour mieux cerner cette approche Américaine d'uniformisation des sûretés nous en exposerons dans un premier temps ses buts (1) sans manquer dans un second temps de faire cas des principales critiques et oppositions à sa consécration (2).

1. Buts poursuivis par l'approche « fonctionnelle »

765. Si l'objectif principal du législateur américain à travers l'adoption de l'UCC était de faciliter le commerce, établir un système de sûretés réelles mobilières effectif et efficace était aussi pour lui un objectif prioritaire⁹²⁰.

Cette approche se voudrait exhaustive et tendrait ainsi à couvrir toute transaction susceptible de créer une sûreté mobilière conventionnelle. On éviterait ainsi la création de nouveaux instruments juridiques créés par l'ingéniosité des juristes et, partant, le morcellement du

⁹²⁰ V. dans ce sens A. EIGENMANN, th., *op. cit.*, n°554 ; N. BORGA, th., *op. cit.*, n° 345 et s. spéc. n°347 et 66.

régime unitaire applicable à toute sûreté pour en assurer la validité et l'opposabilité, ainsi que la préservation de l'uniformité des mécanismes d'exécution et de réalisation.

Il est également important de préciser que les rédacteurs du livre 9 de l'UCC ne désiraient toutefois pas totalement rompre avec le droit jusqu'alors en vigueur, notamment en ce qui a trait à l'exercice d'une certaine liberté contractuelle par les parties. Bien sûr, ils en restreignirent néanmoins l'exercice, non pas en ce qui concerne le choix de la forme de la transaction par les parties, mais en ce qui a trait aux modalités de publicité, à l'ordonnancement des priorités et aux mécanismes de réalisation⁹²¹.

2. Principales critiques formulées à l'encontre de l'approche « fonctionnelle »

766. Les critiques portées à l'endroit de cette approche fonctionnelle sont nombreuses. On pourrait en résumer les principaux arguments comme suit.

Tout d'abord, l'approche fonctionnelle poserait une sérieuse limite au principe de la liberté contractuelle des parties. Là même où l'on veut créer un régime présentant des qualités intrinsèques de clarté et de certitude, on instaurerait plutôt un régime qui, à sa face même, peut être générateur d'ambiguïté et d'incertitudes, tant pour les parties que pour les tiers. Ainsi, le problème de la qualification des transactions, que l'approche fonctionnelle vise à contourner, peut-il exister dans toute sa splendeur et avec une complexité accrue, en sachant qu'il faut découvrir l'intention des parties de conférer au créancier une garantie de paiement ou d'exécution d'une obligation, aux termes de la transaction à l'étude, peu importe la qualification juridique qui lui est donnée par les parties.

767. S'agit-il, en l'occurrence, d'un critère d'appréciation subjectif (ou *in concreto*) ou objectif (ou *in abstracto*) ? Cette question se pose avec d'autant plus d'acuité que l'approche fonctionnelle semble a priori faire fi de toute considération relevant du droit de propriété des parties ou de tout intérêt leur étant attribué conventionnellement ou légalement, en créant ce concept unique et englobant de sûreté qu'est le « *Security interest* », lequel

⁹²¹ : J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 217, n'a pas manqué de relever, avec une certaine ironie que : « Après s'être défendus de porter atteinte à la liberté contractuelle des parties en précisant que celles-ci pourraient continuer à avoir recours aux anciennes formes de sûretés, les rédacteurs du Livre IX énoncèrent que toutes ces sûretés devaient désormais se conformer aux dispositions du régime uniforme, tant au niveau des conditions de constitution, d'opposabilité, ou de réalisation. Toute sûreté, quelle que soit sa forme, devient de facto un Security Interest. Pour plagier la formule célèbre de H. Ford, les parties sont libres de créer une nouvelle sûreté pourvu que ce soit un Security Interest ! ».

couvre tant les sûretés avec ou sans dépossession, que les propriétés-sûretés, l'aliénation fiduciaire, la vente ou la cession de créance et les baux de financement. De l'avis de certains, cette désincarnation du concept de « *Security interest* » des fondements de l'analyse classique du droit des biens ne serait que partielle et, jusqu'à un certain point, illusoire, puisqu'un « *Security interest* » est un droit de sûreté ou de garantie conféré au créancier dans un « *bien personnel* » (« *personal property* »), c'est-à-dire, en adaptant, tant que faire se peut ces concepts de la *Common Law* à la terminologie civiliste, un droit réel dans un bien meuble. Ainsi, la qualification d'un *Security interest*, en tant que telle, n'échappe pas à la nécessité de déceler un vocabulaire utilisé par les parties, évocateur de ces réalités propres à l'analyse classique du droit des biens. De plus, cette inclusion, sous un concept unique, des sûretés avec ou sans dépossession, des propriétés-sûretés, de l'aliénation fiduciaire, de la vente ou de la cession de créances et des baux de financement, imposerait une ré-conceptualisation de ces diverses transactions, créant, de ce fait, une certaine artificialité et générant un nouveau type de « *formalisme* », ce que l'on visait pourtant à éviter⁹²².

D'autre part, le droit de l'insolvabilité prévoit la distribution à la masse des créanciers des biens du débiteur. Ainsi, en cette matière, les distinctions propres au droit des biens conservent toute leur pertinence, ainsi qu'aux termes de diverses lois fiscales, en vertu desquelles les législateurs tant fédéraux que provinciaux se confèrent des privilèges ou des priorités, en faisant appel à des concepts classiques du droit des biens. Enfin, les exclusions permises à l'étendue de l'application du Titre 9 du UCC sont relativement nombreuses, ce qui crée une disparité entre les divers États américains, sans compter la limitation inhérente du Titre 9 du UCC aux seules sûretés conventionnelles, les privilèges légiférés étant virtuellement aussi variés que nombreux, selon les compétences des législateurs des États américains ou fédéraux⁹²³. Le problème du manque de clarté et de certitude en regard de l'approche fonctionnelle, en ce qui a trait au processus de qualification des transactions, nous semble réel.

⁹²² Pour R.A. MACDONALD, cette approche fonctionnelle est désincarnée et empêche une réflexion législative antérieure sur la nature et l'essence des transactions qui sont visées par la notion de *Security Interest*, laissant le soin aux juges d'en préciser les contours, ce qui est l'une des limites de cette approche mais qui s'explique par l'histoire de la *Common Law* et l'évolution des sûretés, un droit essentiellement prétorien qui ne se fonde pas sur un concept articulé, contrairement à l'hypothèque du droit civil ; R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 619.

⁹²³ G. GILMORE, *op. cit.*, p. 306-308. Il précise que cette uniformisation des règles en matière de privilèges « statutaires » serait certes souhaitable, mais qu'il s'agit d'une tâche difficile et complexe, en raison, notamment, des sphères de compétence législatives en action. D'autre part, les rédacteurs du Titre 9 du UCC ont considéré que bon nombre de ces dits privilèges s'éloignaient de l'économie générale du régime de sûretés mobilières, envisagé aux termes du *Uniform Commercial Code*, qui vise à régir le domaine du crédit commercial et non celui du crédit consommériste.

768. Toutefois, au-delà de ces questions, demeurent celles ayant trait à l'uniformisation entre les sûretés et les propriétés-sûretés quant aux recours et à leur exercice. On dénaturerait le droit de propriété en empêchant son titulaire de récupérer son bien, de le vendre et de conserver tout surplus provenant de cette vente, de même que de la possibilité de se prévaloir d'une clause pénale aux termes d'un contrat de quasi-sûreté, par exemple un bail, en cas de défaut du débiteur. En cela, la quasi-sûreté n'équivaut pas à la sûreté et les préceptes du droit des biens demeurent importants dans les effets qu'ils produisent. Cependant, les propriétés-sûretés empêchent la création d'un ordre de priorité entre les créanciers, puisque toute réservation du titre de propriété équivaut à l'exclusion pure et simple du concours entre les créanciers.

B. Les techniques canadiennes d'uniformisation

769. Il s'agit du concept de la « présomption d'hypothèque » tel que proposé par l'Office de révision du Code civil du Québec (1) et du principe de l'essence de l'opération(2).

1. Le concept de la présomption d'hypothèque

770. Le concept de la « *présomption d'hypothèque* » fut une version québécoise de l'approche fonctionnelle, adoptée aux termes du Titre 9 de l'UCC. Cette notion de la présomption d'hypothèque était, en fait, beaucoup plus restrictive que ne l'est celle de « *Security interest* » et toute l'approche fonctionnelle de l'UCC.

En effet, non seulement y vit-on l'apparition d'un concept de sûreté unique, générateur et fédérateur, regroupant sous le vocable de l'hypothèque toute transaction conférant un droit sur un bien visant à assurer le paiement d'une obligation, et ce, quel que soit le nombre, le nom ou la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés par les parties.

On y vit, en plus, l'apparition d'une opération de requalification systématique de toute transaction par laquelle le créancier se réservait la propriété du bien à des fins de garantie. C'est ainsi que toutes formes de propriétés-sûretés devinrent virtuellement proscrites, se métamorphosant automatiquement en transfert de propriété (le titre passant donc à l'acheteur/débiteur), conférant cependant une réserve d'hypothèque ou une hypothèque en faveur du vendeur/créancier.

771. Les avantages de cette approche sont essentiellement les mêmes que ceux précédemment énoncés dans l'approche fonctionnelle du Titre 9 du UCC. Simplicité et cohérence du régime, uniformisation des formalités de constitution, de publicité et de réalisation, empêchement de contourner ces règles d'intérêt commun par le recours à des techniques peu ou pas réglementées, en particulier en matière de réserves de propriété.

772. Présenté par l'O.R.C.C., le concept de la présomption d'hypothèque avait un contenu précis qui est le suivant :

« 281. Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation, si ce n'est par hypothèque. Toute stipulation à l'effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est une stipulation d'hypothèque.

Elle ne peut conserver ou conférer qu'une hypothèque en faveur du créancier, sous réserve des formalités requises pour la constitution et la publication de l'hypothèque.

282. L'article précédent s'applique sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.

Ainsi, l'aliénation ou la location d'un bien ou une autre convention tombe sous le coup de l'article précédent emporte, qu'elle qu'en soient les modalités, transfert de propriété avec réserve d'hypothèque en faveur du créancier, ou, selon le cas, ne lui confère qu'une hypothèque, et la faculté ou l'obligation d'achat dont elle peut être assortie est alors sans effet.

283. Le créancier qui, en vertu des articles 281 et 282, n'a qu'une hypothèque ne peut par convention avec un tiers porter préjudice aux droits du constituant dans le bien si les actes où apparaît la stipulation d'hypothèque ont été enregistrés.

284. Nonobstant l'article 262 du livre des obligations, nulle vente ne peut être résolue faite par l'acquéreur de remplir ses obligations.

285. Est sans effet toute stipulation incompatible avec les dispositions de la présente section »⁹²⁴.

773. La présomption d'hypothèque avait pour objectif de soumettre tous les créanciers à un seul régime de sûretés, à savoir les mêmes règles de constitution et de publicité pour tous, et ce, afin d'assurer la protection des tiers. Ainsi, toute convention ayant

⁹²⁴ OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, p. 260.

pour effet de conférer un droit sur un bien afin d'assurer le paiement d'une obligation est assimilée à une hypothèque. Par le mécanisme de la présomption, toute opération juridique pouvait être requalifiée en hypothèque et soumise à un seul régime hypothécaire.

774. La présomption d'hypothèque présente un certain nombre d'avantages qui ont d'ailleurs fait l'objet d'une analyse minutieuse du professeur Roderick MACDONALD.

Outre l'approche téléologique qu'offre cette présomption, on pourrait, à l'instar de cet auteur, regrouper les avantages autour de plusieurs arguments prédominants : l'argument économique, celui de la simplicité et de la cohérence et celui de l'équilibre⁹²⁵.

Selon l'argument économique, la présomption d'hypothèque aurait eu pour effet de réduire le coût du crédit pour les débiteurs. En effet, les sûretés ont pour fonction de rendre le crédit plus accessible, dans le but de réduire son coût et de minimiser les risques de perte du créancier en cas de faillite du débiteur. L'efficacité d'une sûreté réelle réduirait d'autant le coût du crédit puisque le risque de se voir préféré par une sûreté occulte ou une garantie constituée après la sienne serait diminué et le créancier pourra avoir confiance en la valeur de sa garantie. Ainsi, le mécanisme de la présomption d'hypothèque en soumettant chaque créancier à des règles obligatoires de constitution, de publicité et de réalisation, notamment en l'obligeant à enregistrer sa sûreté, accroît la certitude des créanciers quant à la valeur de leur garantie.

Aucune clause ne pourrait échapper à l'emprise de la présomption d'hypothèque. Toute forme de garantie serait *de facto* happée par le régime obligatoire mis en place par une telle présomption. Les coûts d'obtention du crédit seraient dans ces conditions considérablement réduits⁹²⁶.

À l'inverse, l'existence d'une multitude de privilèges et d'hypothèques ou de garanties innommées contribue à augmenter les coûts du crédit parce que la certitude du créancier est alors proportionnellement réduite.

La présomption d'hypothèque présentait également l'avantage de la simplicité et de la cohérence. L'idée sous-jacente au principe de la présomption d'hypothèque est de privilégier la substance à la forme : quelle que soit la forme empruntée ou la nature de la convention choisie par les parties, la loi devrait traiter tout contrat qui crée une garantie comme une hypothèque. Il en résulterait des économies à plusieurs niveaux et une élimination presque totale des problèmes liés à l'interprétation de ces conventions. Cette standardisation serait

⁹²⁵ R. A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat? Observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la "présomption d'hypothèque" et le principe de "l'essence de l'opération" », dans Ernest CAPARROS (dir.), *Mélanges Germain Brière*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1993, p. 527, p. 545-551.

⁹²⁶ R. A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 547.

également de nature à faciliter la constitution d'une sûreté et à réduire les délais inhérents à cette opération. En effet, la situation visée par la présomption d'hypothèque avait l'avantage d'offrir le même cadre juridique à tous les créanciers : une seule forme d'enregistrement nécessaire pour parfaire la garantie et des règles précises concernant le régime hypothécaire pour la réaliser. Afin d'éviter des situations conflictuelles courantes sous l'ancien droit, entre un créancier procédant à une réalisation par voie de dation en paiement et un créancier ayant intenté une action hypothécaire, la simplicité et la cohérence de la présomption d'hypothèque avait l'ambition de régler définitivement ce problème. Le dernier argument majeur en faveur de la présomption d'hypothèque tient au maintien de l'équilibre entre les parties lors de la réalisation des garanties⁹²⁷. Elle avait pour but de mettre tous les créanciers garantis sur un pied d'égalité et ainsi éviter de gaspiller le crédit.

De cette manière, on aurait pu régler définitivement le sort des diverses techniques contractuelles se servant du droit de propriété pour concurrencer⁹²⁸ les autres sûretés réelles créant ainsi de véritables garanties comme les clauses résolutoires, les ventes avec réserve de propriété et la vente à réméré.

775. Cette présomption d'hypothèque, en assurant le respect de l'égalité entre les créanciers, avait le mérite de poser un régime standard et uniforme traitant des causes de préférence faisant exception au principe du gage commun des créanciers et ne laissant aucune possibilité d'intrusion pour d'autres garanties. Cette présomption aurait pu éviter que, par le jeu d'une garantie fondée sur le droit de propriété, le bien affecté à la garantie n'entre pas dans le patrimoine du débiteur de sorte que les créanciers bénéficiaires d'une telle sûreté se voient conférer un statut particulier leur donnant l'exclusivité au détriment des autres créanciers hypothécaires.

776. En dépit de ses nombreux avantages, la présomption d'hypothèque a essuyé un certain nombre de critiques qui ont conduit à son rejet lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991. Avant la réforme de 1991 qui a permis la grande réforme du Code civil, l'avant-projet de loi sur les sûretés de 1986⁹²⁹ avait, lui aussi, balayé d'un revers de la main

⁹²⁷ OFFICE DE REVISION DU CODE CIVIL, *op. cit.*, p. 433.

⁹²⁸ Comme le rappelle L.PAYETTE, n° 154, p. 65., cité par A. B. ADIBA, *op. cit.*, p. 315, dans son ouvrage: « Un régime de sûreté comportant une multiplicité de types de sûretés (hypothèques, gage, nantissement, cession, transport, vente à tempérament, etc.), chacune obéissant à des règles propres, constitue un régime lourd, inutilement complexe, source de traitements différents non justifiés ».

⁹²⁹ V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, p. 316

certaines propositions les plus innovantes faites par l'O.R.C.C., en 1977, qui avait pourtant eu le mérite de repenser le système de sûretés réelles.

777. En effet, la présomption d'hypothèque ne fut pas retenue par l'avant-projet de 1986, préférant ainsi laisser aux parties une grande liberté contractuelle. Cette absence de présomption d'hypothèque dans l'avant-projet de 1986 revenait, en fait, à déclarer les parties libres de constituer une sûreté ou de créer des garanties sans qu'elles soient assimilées à des hypothèques⁹³⁰.

778. Le principal reproche fait à l'égard de la présomption d'hypothèque consistait à affirmer qu'elle constituait un obstacle au principe de la liberté contractuelle et une atteinte au consensualisme, créant ainsi un climat juridique incertain⁹³¹.

Dans son application, la présomption d'hypothèque devait agir de deux manières : d'une part, au moment de la constitution, elle obligeait les parties à adopter une forme contractuelle donnée et d'autre part, au moment de sa réalisation, elle imposait aux parties de publier les droits résultant de leur convention ainsi requalifiée et d'exercer l'un des quatre recours hypothécaires prévus par la loi.

779. Le projet de loi 125 dont est issue la grande réforme de 1991 et repris par le *Code civil du Québec* a rejeté la présomption d'hypothèque pour différentes raisons.

Le projet de loi 125 n'a pas été une simple reprise des règles du *Code civil du Bas Canada*. Le droit des sûretés a été remanié et a dû s'adapter aux contraintes socioéconomiques de la société québécoise. Cette adaptation du droit québécois ne s'est pas faite sans heurts. La peur « *d'être hypnotisé par la source de common law* »⁹³² a conduit au rejet de la présomption d'hypothèque lors de l'adoption du *Code civil du Québec* en 1991.

Le ministre de la Justice de l'époque, a justifié le rejet de la présomption d'hypothèque afin de « *privilégier plutôt la tradition civiliste, laquelle préfère les situations nettes à celles reposant sur l'interprétation des tribunaux* »⁹³³.

⁹³⁰ V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, p. 316.

⁹³¹ *Ibid.* p 317.

⁹³² J.-L. BAUDOUIN, cité par A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°411, « Quelques perspectives historiques et politiques sur le processus de codification », dans *Conférences sur le nouveau Code Civil du Québec. Actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, 1991*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 19.

⁹³³ Gil. REMILLARD, Mémoire au Conseil de ministres, Québec, 15 octobre 1990, « Présentation du projet de Code civil du Québec », cité par A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°411.

Il a été reproché à la présomption d'hypothèque de faire fi des racines civilistes du droit québécois puisqu'elle aurait eu l'ambition de le rapprocher des dispositions similaires qui se trouvent à l'article 9 du Code uniforme de commerce (*Uniform Commercial Code*) en vigueur aux États-Unis. En résumé, l'O.R.C.C. a été accusée d'avoir tenté d'introduire des notions de Common Law au sein du droit civil du Québec.

C'est à cette problématique que le professeur R. MACDONALD tenta d'apporter une solution en formulant le principe dit « *de l'essence de l'opération* », pour les systèmes civilistes, que nous allons maintenant étudier.

2. Le principe de l'« essence de l'opération »

780. Ce principe a été pensé par le professeur R. MACDONALD qui s'est inspiré des articles 1040a-1040e C.C.B.C. (code civil du Bas Canada) pour formuler sa proposition de l'adoption, par le législateur québécois de dispositions au *Code civil du Québec* édictant le principe de l'essence de l'opération en vue d'assurer l'uniformité et la cohérence du régime des sûretés réelles mobilières.

781. Ce principe permettrait l'exercice de la liberté contractuelle des parties, qui conserveraient le loisir de choisir la forme de la convention qui leur sied le mieux, sans risque que le législateur ne procède par la suite à une requalification modifiant les droits en découlant, notamment en ce qui a trait au transfert du droit de propriété. Il aurait cependant pour effet d'assujettir, au régime général des hypothèques, toute transaction conférant un droit sur un bien afin de garantir l'exécution d'une obligation, pour ce qui est de la publicité et des mécanismes de réalisation. Ce principe de l'essence de l'opération s'inspire certes de l'approche fonctionnelle du Titre 9 de l'UCC. Il en diffère cependant, de même qu'il diffère de la présomption d'hypothèque, à des degrés importants.

Ainsi, aucune requalification des opérations de garanties, autres que celles découlant du régime général de l'hypothèque n'est imposée⁹³⁴. On se rappellera que, dans le cas du Titre 9

⁹³⁴ On peut cependant objecter que cette approche impose une requalification partielle, notamment au chapitre des mécanismes de réalisation, qui sont uniformisés, dénaturant par conséquent la nature de la transaction. C'est ce qu'a soutenu J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, *supra* note 21, p. 215-218. Voir la réponse de R.A. Macdonald à ce genre d'objection : R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 570-572, qui estime que le droit de propriété n'est pas absolu, contrairement à l'approche civiliste classique qui le conçoit ainsi. Ce qui compte, c'est qu'au moment de

de l'UCC, toutes les transactions conférant un intérêt dans un bien personnel afin de garantir l'exécution ou le paiement d'une obligation deviennent des « *Security interests* », subissant par conséquent, une requalification aux effets incertains⁹³⁵.

782. Selon le professeur MACDONALD, le législateur québécois avait introduit, sans le savoir, les germes du principe de l'essence de l'opération⁹³⁶ aux anciens articles 1040a) et 1040d) du *Code civil du Bas Canada*, lesquels se lisaient comme suit :

« 1040a. *En vertu d'un contrat consenti par la garantie d'une obligation, un créancier ne peut exercer le droit de devenir propriétaire irrévocable d'un immeuble ou le droit d'en disposer que soixante jours après avoir donné et enregistré un avis de l'omission ou contravention en raison de laquelle il veut le faire.[...] Il en est de même de l'acheteur à terme, à tempérament ou sous condition ainsi que de possesseur avec promesse de vente ou option d'achat. L'autre partie est réputée (...) créancier* ».

Toutefois, ces dispositions n'ont pas été en tant que telles reprises sous le *Code civil du Québec*.

Toujours selon le professeur MACDONALD⁹³⁷, le principe de l'essence de l'opération présenterait les avantages de la présomption d'hypothèque et laisserait subsister un seul inconvénient, celui de l'atteinte au consensualisme. Ce principe de l'essence de l'opération aurait, en outre, le mérite d'instituer en matière de garantie mobilière un régime général obligeant la publication des droits et contrôlant l'exercice de ces mêmes droits. Ce régime obligatoire, standardisé viendrait combler une lacune constatée en la matière⁹³⁸.

Il conviendrait tout d'abord d'adopter une disposition générale selon laquelle toutes les garanties réelles devraient être soumises à un régime de publicité des droits ainsi qu'à certains mécanismes de réalisation des recours. Ensuite, il faudrait prévoir que toutes les transactions juridiques ayant effet de garantie sur un bien soient également soumises au même régime.

Voici les dispositions légales proposées par le professeur Macdonald qui prendrait en compte le principe de l'essence de l'opération :

la transaction, le titre reste sur la tête du propriétaire. Si ce droit de propriété est tronqué par un régime de recours uniformisé qui permet au débiteur ou à tout tiers intéressé de remédier au défaut et de conserver la jouissance du bien, cette troncature du droit de propriété n'est pas une objection suffisante à l'encontre du principe de l'essence de l'opération. Notons que le régime québécois du *Code civil du Québec* n'a pas suivi cette approche.

⁹³⁵ V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, p. 316

⁹³⁶ R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 566.

⁹³⁷ R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 566.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 556 et 557.

1. Nul ne peut prétendre à un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation si ce n'est par l'effet de la loi, par hypothèque, ou par stipulation ayant effet de garantie.

Outre l'hypothèque, toute stipulation ayant pour effet de conserver ou de conférer un droit sur un bien pour assurer le paiement d'une obligation est réputée une stipulation ayant effet de garantie.

2. Une stipulation ayant effet de garantie n'est opposable aux tiers que si elle est publiée dans le registre des droits personnels et réels mobiliers ou le registre des immeubles, le cas échéant.

Le créancier (sic) qui désire se prévaloir d'une stipulation ayant effet de garantie doit suivre les règles qui s'appliquent à l'exercice des droits hypothécaires.

3. Les deux articles précédents s'appliquent, sans égard au nombre, au nom ou à la nature des actes intervenus et nonobstant les termes employés.
4. Est sans effet toute stipulation incompatible avec les trois articles précédents⁹³⁹.

Ce principe même s'il a fait l'objet de réserves⁹⁴⁰ de la part de certains auteurs, semble se démarquer plus ou moins du modèle américain en restant fidèle aux principes de droit romano germanique, ce qui est à son avantage.

783. Il est vrai que le principe de l'essence de l'opération présente plusieurs avantages évidents qui rappellent ceux attribués à la présomption d'hypothèque comme celui d'adopter une approche téléologique et celui de mettre en place un régime unique de publicité et de réalisation des hypothèques mobilières qui agiraient comme un ordre public de protection. Par ailleurs, le principe de l'essence de l'opération marque une différence certaine avec le principe de la présomption d'hypothèque : il n'emporte pas la dénaturation du contrat. Il a surtout le mérite de concevoir la notion de sûreté mobilière d'une manière fonctionnelle,

⁹³⁹ R.A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 566 et 567.

⁹⁴⁰ V. dans ce sens L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 147 et s., qui soutient que : « Dans un contexte de droit civil codifié, l'adoption d'un principe de l'essence de l'opération constitue néanmoins une « fausse alternative ». En effet, ce principe permet certes l'établissement de règles de publicité et de réalisation communes à tous les types de garanties. En revanche, il faillit à la tâche en ce qui a trait à l'édification d'un ordre de priorité cohérent, se fondant sur le principe de l'ordre du temps. Il permet donc, jusqu'à un certain point, la constitution de régimes de sûretés multiples et parallèles. Il sape l'efficacité d'un régime hypothécaire unifié. En effet, l'hypothèque ne conférant qu'un droit de préférence au créancier qui en est titulaire dans l'organisation de la loi du concours, il sera plus avantageux de choisir l'exclusion pure et simple de ce concours, en recourant aux mécanismes des réserves de propriété, de l'aliénation fiduciaire ou des baux de financement. Ce faisant, le créancier échappe à l'ordre du temps en matière de collocation » ; J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n°613 et s.

de distiller une conception téléologique qui se prête naturellement à la méthode dite d'interprétation des lois civiles.

784. Le principe de l'essence de l'opération diffère de la présomption d'hypothèque en ce qu'il ne dénature pas la transaction pour laquelle les parties se sont engagées⁹⁴¹.

Cette dénaturation avait été reprochée à la présomption d'hypothèque, car elle avait pour conséquence de modifier⁹⁴² la nature du contrat au moment de sa formation.

Le principe de l'essence de l'opération aurait l'avantage de laisser la liberté aux parties d'imaginer toutes sortes de conventions nouvelles puisque le principe de l'essence de l'opération agirait comme un cadre général imposé, une sorte d'ordre public de protection. L'idée première de ce principe est d'empêcher les créanciers de contourner les règles légales de publicité des sûretés mobilières afin de promouvoir et préserver un régime de réalisation des sûretés cohérent et efficace.

785. Tout comme la présomption d'hypothèque, le principe de l'essence de l'opération n'est pas « *une idée mythique, mais une réalité juridique déjà inscrite dans le Code civil du Québec au travers des dispositions concernant la réserve de propriété contenue dans une vente à tempérament (art. 1745 C.c.Q.) ou celles visant la publicité du contrat de bail d'un an ou plus (art. 1852 C.c.Q.)* »⁹⁴³.

786. D'un point de vue formel, la présomption d'hypothèque avait pour effet de consacrer une approche téléologique, dite aussi fonctionnelle. Elle privilégiait la substance à la forme, l'essence à la nature et visait l'économie réelle du contrat plutôt que les termes utilisés masquant souvent une réalité différente. Or, le principe de l'essence de l'opération a le mérite d'adopter cette même approche téléologique. Certaines remarques faites au sujet de la présomption d'hypothèque peuvent être légitimement reprises pour l'application du principe de l'essence de l'opération. Ainsi, cette méthode téléologique largement utilisée dans

⁹⁴¹ R. A. MACDONALD, *op.cit.*, p. 568.

⁹⁴² À ce titre, l'exemple d'une vente à tempérament est frappant. Par l'effet de la présomption d'hypothèque, ce type de vente se voyait transformer en une vente à terme avec réserve d'hypothèque en faveur du vendeur. Le principe du consensualisme aurait été atteint par ce changement brusque d'institution. Or, l'application du principe de l'essence de l'opération n'entraînerait pas cet inconvénient. Entre les parties, la transaction demeurerait une vente à tempérament. Toutefois, advenant le défaut du débiteur, le créancier devrait justifier avoir accompli les formalités de publicité prévues par le régime hypothécaire pour revendiquer, le cas échéant, son droit exclusif sur la valeur du bien. Autrement dit, ce principe de l'essence de l'opération n'aurait pas d'impact lors de la formation du contrat ni lors de sa conclusion, mais agirait plutôt lors de la réalisation de la sûreté.

⁹⁴³ V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, n° 423.

différents domaines du droit⁹⁴⁴ pourrait fort bien servir de principe directeur pour déterminer l'existence ou non d'une sûreté mobilière.

787. L'idée est de proposer l'adoption du principe de l'essence de l'opération, pas seulement comme une simple méthode d'interprétation de la loi, mais plus encore comme un principe directeur à intégrer dans plusieurs dispositions législatives.

Une conception fonctionnelle de la notion de sûreté réelle se reflètera nécessairement, soit dans l'énoncé de principes généraux, soit dans l'emploi d'une notion souple ou d'une notion-cadre par nature extensive. Ces précautions seront de mises puisque la forme législative aura certainement un impact sur le fond du droit⁹⁴⁵. C'est pourquoi on ne peut repenser la notion de sûreté réelle sans choisir une posture adéquate, en l'occurrence, une approche fonctionnelle. Or, l'hypothèque notamment mobilière présente les qualités énoncées. Elle offre bien plus qu'une notion cadre, c'est une institution souple qui a fait ses preuves en pratique en droit civil québécois. Elle ne semble pas porter en elle de connotation juridique excessive, comme le concept du gage qui fait écho immédiatement à la notion de dépossession, à l'idée de matérialité du bien et qui laisse supposer un droit de rétention ou du moins un pouvoir de blocage du fait de l'image persistance du bien-objet du gage pris entre les mains du créancier.

788. De nouvelles dispositions législatives fourniraient en quelque sorte un guide d'interprétation. L'essence du contrat, soit le but ou la finalité d'une quelconque opération contractuelle, serait alors prise en compte par les juges. La finalité l'emporterait sur la forme. Les tribunaux n'auront plus qu'à suivre ces indications légales pour déterminer l'existence d'une sûreté réelle. De cette opération de qualification découlerait, naturellement, le régime des sûretés réelles notamment mobilières. Le processus de qualification serait ainsi grandement facilité.

789. Ce raisonnement ne pourrait pas se voir reprocher d'être un principe d'origine anglo-saxonne puisque le principe de l'essence de l'opération n'est pas une notion étrangère au droit civil, bien au contraire. Un tel principe « *renoue avec la méthodologie traditionnelle du droit civil : la législation par règles générales et l'interprétation fonctionnelle et téléologique* »⁹⁴⁶.

⁹⁴⁴ V. A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°428.

⁹⁴⁵ N. BORGA, *op. cit.*, p. 362.

⁹⁴⁶ R. A. MACDONALD, *op. cit.*, p. 551.

Le juge civil recherche l'intention du législateur lorsque les dispositions législatives sont lacunaires ou obscures. Face aux termes d'un contrat, il peut en extraire sa finalité pour comprendre le sens que les parties avaient souhaité donner à leur clause. Le juge vérifie si cette finalité correspond à celle envisagée par les rédacteurs du Code pour atteindre une qualification des plus conformes à l'esprit des lois.

Ainsi, en se servant de l'hypothèque, un concept propre au droit civil et en adoptant une rédaction typiquement civiliste et une approche dite fonctionnelle, le principe de l'essence de l'opération mettrait en exergue une méthode d'interprétation des lois qui s'apparenterait mieux au génie du droit civil qu'au concept de *Security interest* du titre 9 du *Uniform Commercial Code*, comme il a pu, à tort, lui être reproché.

790. Aussi pour ceux qui restent convaincus que le principe de l'essence de l'opération est un principe de *Common Law* rompant avec l'héritage civiliste, il suffit de leur rappeler les écrits du professeur René David⁹⁴⁷, lors des Journées du centenaire du Code civil: « *Le droit civil : c'est essentiellement "un style": c'est une certaine manière de concevoir, d'exprimer, d'appliquer la règle de droit et qui transcende les politiques législatives mouvantes selon les époques de l'histoire d'un peuple* ».

791. À l'instar de bon nombre d'auteurs, nous sommes d'avis que l'essence de l'opération est un de ces principes féconds du droit civil qui aurait pour effet, non de prohiber comme le faisait la présomption d'hypothèque, mais plutôt d'assujettir toute stipulation contractuelle au régime hypothécaire selon une approche fonctionnelle. Cette façon de faire s'inscrit véritablement dans une tradition civiliste⁹⁴⁸.

Nous allons maintenant nous attarder sur l'étude de diverses solutions qui furent retenues ou qui sont préconisées par les systèmes en place ou par les principaux projets de réforme actuellement en cours dans le domaine des sûretés réelles mobilières.

⁹⁴⁷ Cité par A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°435.

⁹⁴⁸ Jacques AUGER, cité par A. B. ADIBA, *op. cit.*, n° 436 « Le style civiliste et le droit des sûretés réelles », dans Nicholas KASIRER (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, Montréal, Éditions Thémis, 2004, pp. 74-79.

§ 2. Les techniques d'uniformisation proposées au niveau international

792. Nous ne reviendrons pas sur la solution adoptée par les législateurs des États américains et ceux des provinces canadiennes-anglaises, qui ont choisi, pour la majorité, l'adoption de l'approche fonctionnelle et unitaire du « *Security interest* ». Nous examinerons cependant les solutions adoptées ou préconisées par UNIDROIT, aux termes de la *Convention du Cap (2001)*(A), par le législateur québécois aux termes du *Code civil du Québec*(B), et par diverses autres organisations internationales (C).

A. Aux termes de la Convention du Cap (2001)⁹⁴⁹

793. L'objectif principal de cette convention est d'établir un régime juridique international pour les sûretés et droits apparentés portant sur des matériels d'équipement qui se déplacent habituellement d'un État à un autre dans le cours normal des affaires, comme les avions et le matériel roulant ferroviaire, et sur les satellites ou autres objets spatiaux qui, bien entendu, ne sont pas localisés sur Terre.

794. L'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés se garde bien de réglementer les opérations de garanties qui portent sur ce type de biens « particuliers ». Il dispose ainsi que «... *Les sûretés propres au droit fluvial, maritime et aérien, les sûretés légales autres que celles régies par le présent Acte uniforme [...], peuvent faire l'objet de législations particulières* »⁹⁵⁰.

795. Le projet de Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles vise quatre objectifs essentiels : offrir une protection internationale aux sûretés portant sur des matériels d'équipement mobiles de grande valeur, et susceptibles d'une individualisation; offrir aux titulaires de ces garanties une gamme simple de recours pour inexécution pouvant être exercés promptement; prévoir un régime en vertu

⁹⁴⁹ *Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001)*, <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf> ; Voir aussi : Roy GOODE, « La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien », (2002) *Rev. dr. unif.* 3 [« *Convention du Cap* »]; Roy GOODE, *Commentaire officiel sur la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 2002.

⁹⁵⁰ V. art. 4 alinéa 5 AUS.

duquel ces garanties peuvent être parfaites[...] par l'inscription afin que les tiers puissent connaître leur existence; établir des règles de reconnaissance et de priorité de ces garanties, applicables y compris en cas de faillite du débiteur⁹⁵¹.

796. Comme on peut le constater, on a délibérément limité la sphère d'application de la Convention à des biens très spécifiques, de très grande valeur et susceptibles d'individualisation, qui réfèrent à des situations authentiquement internationales, dans le but « *d'éviter tout risque d'interférence quelconque avec les règles du droit national, sauf dans la mesure nécessaire pour conférer une priorité aux titulaires de garanties internationales inscrites* »⁹⁵². Ces biens de grande valeur peuvent notamment comprendre les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion, les conteneurs, les hélicoptères, les plates-formes de forage pétrolier, le matériel ferroviaire roulant, les navires et bateaux immatriculés et le matériel d'équipement spatial. Ce faisant, il s'agit d'établir un régime spécial de sûretés qui se superposera aux régimes existants.

797. Le Conseil de direction d'UNIDROIT, le comité d'étude et le comité de rédaction de la Convention du Cap (2001), ont travaillé en étroite collaboration, tout au long de l'élaboration de ce projet, avec les différents gouvernements, leurs experts, ainsi qu'avec les représentants des différentes industries concernées. Afin de ne pas priver les gens de l'industrie aéronautique d'un instrument législatif important à court terme, dont les travaux progressaient plus rapidement, et aussi afin de ne pas devoir réinventer la roue pour chacune des différentes composantes de la Convention du Cap (2001), on a formulé la solution prévoyant que « *pour chaque type de matériel d'équipement mobile, la convention sera modifiée par un protocole contenant des dispositions spécifiques à cette catégorie, qui compléteront ou modifieront les dispositions générales de la Convention* »⁹⁵³.

⁹⁵¹ R. GOODE, « La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien », (2002) *Rev. dr. unif.* 3 [« *Convention du Cap* »], p. 4-5.

⁹⁵² M. J. STANFORD, « A broader or a narrower band of beneficiaries for the proposed new international regimen ? : Some reflections on the merits of the Convention/Protocol structure in facilitating the former / Élargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé ? : quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention/Protocole pour faciliter une plus large application de la Convention », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 242, 243.

⁹⁵³ V. R. GOODE, « Transcending the Boundaries of Earth and Space : the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment / Par delà les frontières de la terre et de l'espace : l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 52 (n.s.), p. 59 et 61.

Ces données démontrent bien la nature très spécifique de ce projet et peuvent sans doute permettre d'expliquer, dans une certaine mesure, le rejet de l'approche fonctionnelle et unitaire du « *Security interest* » par son Comité de rédaction.

Ainsi, le comité de rédaction de la Convention du Cap (2001) a choisi de ne pas retenir l'approche fonctionnelle et unitaire telle que préconisée aux termes du Titre 9 du UCC.

R. GOODE écrira à ce sujet que : « Les dispositions relatives au champ d'application du projet de convention ne peuvent être parfaitement comprises sans une connaissance de l'évolution de la réflexion dont elles résultent. On s'est proposé à l'origine de suivre le modèle de l'article 9 du Code Commercial Uniforme des États-Unis d'Amérique en adoptant une conception fonctionnelle de la sûreté afin d'y intégrer les contrats de vente avec réserve de propriété et les contrats de bail constitués à fin de garantie, et en prévoyant un système d'inscription par débiteur permettant la perfection [sic] des sûretés sur les biens futurs et les produits. Il est cependant rapidement apparu que cette démarche soulèverait de sérieuses difficultés. Tout d'abord, seuls les États-Unis d'Amérique du Nord assimilent la réserve de propriété à une garantie. Ailleurs, tant dans le monde de la Common Law que du droit civil, une nette distinction est faite entre d'une part, l'octroi d'une garantie par un débiteur portant sur un bien qu'il détient, et d'autre part, un contrat entre le vendeur et l'acheteur prévoyant que la propriété ne sera transférée à l'acheteur que lors du paiement total. Les sûretés sont en général soumises à l'inscription, mais non pas la réserve de propriété, et il existe d'autres différences fondamentales de traitement. Si l'article 9 suscitait l'admiration, il impliquait à l'évidence des reclassifications qui ont été considérées trop radicales pour être acceptées par les États ne connaissant pas un tel système. D'aucuns se sont inquiétés, notamment dans les milieux professionnels du crédit-bail, que l'assimilation de la vente conditionnelle et des contrats de bail à des sûretés pourrait avoir une incidence sur le régime fiscal de ces opérations et peut être des effets négatifs. De plus, les milieux professionnels du crédit-bail se sont opposés même à ce que les contrats de bail soient qualifiés de contrats de réserve de propriété. Il a finalement été décidé de créer trois catégories : les contrats constitutifs de sûreté, les contrats de vente conditionnelle, et les contrats de bail ». La Convention du Cap (2001) s'appliquera aux garanties conventionnelles se retrouvant dans les trois catégories que sont les contrats constitutifs de sûretés, les contrats de vente conditionnelle et les baux. De plus, l'application de la convention est limitée aux seuls biens mobiles susceptibles d'individualisation et de grande valeur, de même qu'aux seuls biens présents lors de la constitution de la garantie conventionnelle.

798. Ce système de garanties internationales n'a pas la même vocation que tout système de droit interne, qui consiste à régir un ensemble plus vaste de sûretés et de transactions.

D'autre part, on prévoit un système de publicité constitué par l'inscription du bien, en supposant leur individualisation. Enfin, ces biens d'équipement mobiles présentent une grande valeur et ne passent pas inaperçus dans le patrimoine de quiconque. Cette grande valeur qui leur est attribuée fait ressortir le fait que les acteurs impliqués dans toute transaction impliquant de tels biens sont rompus aux usages du commerce international.

On a donc voulu laisser la plus grande latitude possible à l'autonomie de la volonté des parties. Pour ces raisons, il est possible que ce choix de n'avoir pas adopté une approche fonctionnelle et unitaire ne présente pas d'impact significatif, et ce, tant sur les diverses législations nationales régissant les sûretés mobilières que sur les autres projets d'harmonisation. En cela, rappelons l'objectif du comité de rédaction de la *Convention du Cap (2001)* de ne pas interférer avec les différentes législations nationales et d'ainsi créer un régime spécial. Néanmoins, il reflète bien l'inconfort de plusieurs juristes, issus tant de la *Common Law* que du droit civil, à l'égard de cette idée.

799. Ces écueils ont été relativement surmontés dans l'œuvre d'uniformisation du droit des sûretés au Québec.

B. L'uniformisation du droit des sûretés québécois

800. Comme nous l'avons évoqué lors de la présentation du mécanisme de la présomption d'hypothèque, le législateur québécois a choisi de ne pas retenir cette solution lors de la dernière réforme du régime des sûretés. Il n'en a pas moins procédé à une réforme d'importance, qui constituait, de l'avis de plusieurs commentateurs, l'un des traits saillants à souligner à l'occasion de l'entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*. Ainsi, on note un effort important de rationalisation et d'uniformisation de ce domaine du droit⁹⁵⁴. En matière de sûretés légales, il faut souligner la disparition des privilèges et leur remplacement par un régime bicéphale de priorités et d'hypothèques légales. En matière de sûretés conventionnelles, il faut noter l'apparition d'une sûreté unique, à savoir l'hypothèque. On a

⁹⁵⁴ L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4^e éd., Éditions Yvon Blais, 2010, p. 1-3.

donc prévu un régime hypothécaire unique, tant en matière immobilière que mobilière. La nouveauté sans doute la plus importante est la consécration de l'hypothèque mobilière sans dépossession. Enfin, on note un effort d'uniformisation des modes de publicités et des mécanismes de réalisation. Malgré ses imperfections, le régime de sûretés du *Code civil du Québec* est considéré comme le premier et le plus moderne des régimes civilistes, dont les résultats pratiques sont comparables à ceux du *Uniform Commercial Code* américain, allant même plus loin que ce dernier du point de vue de l'articulation d'un régime complet et intégré de toutes les sûretés, mobilières, immobilières, légales et conventionnelles⁹⁵⁵.

801. Le législateur québécois n'a toutefois pas retenu l'approche fonctionnelle, pas plus qu'il n'a adopté de principe de l'essence de l'opération, ni de principe de l'énumération limitative des sûretés. Il a cependant réglementé, de façon partielle, voire parcellaire, certains mécanismes de propriété-sûretés traditionnellement reconnus en droit civil.

C'est ainsi que la fiducie constituée à des fins de garantie et la vente à tempérament, obéissent à la logique propre à chacun de leurs régimes constitutifs, sauf en matière de publicité et de réalisation, ces transactions étant alors assujetties aux règles du régime hypothécaire⁹⁵⁶.

De même, en matière de publicité, le crédit-bail et les baux d'une durée de plus d'un an doivent désormais être publiés⁹⁵⁷. On note toutefois que ces transactions⁹⁵⁷ ne sont pas assujetties au régime hypothécaire en ce qui a trait à l'exercice des recours⁹⁵⁸. Quant à la vente avec faculté de rachat, elle doit également être publiée⁹⁵⁹. La faculté de rachat ne peut être exercée qu'après l'envoi d'un avis, qui doit être publié lui aussi⁹⁶⁰.

802. Toutefois, s'il appert que cette transaction a pour objet de garantir un prêt, elle sera pratiquement requalifiée à titre d'hypothèque et l'exercice de la faculté de rachat obéira alors aux règles d'exercice des droits hypothécaires⁹⁶¹.

Cette réforme reste toutefois critiquée⁹⁶² par certains auteurs québécois pour son manque de cohérence avec le droit fédéral en matière de sûreté et de faillite.

⁹⁵⁵ V., entre autres: R.A. MACDONALD, *loc. cit.*, p. 241 et 288.

⁹⁵⁶ C.c.Q., art. 1263, 1745 et 1749. En matière de publicité, dans le cas de la vente à tempérament, seuls les contrats portant sur des véhicules routiers, des biens meubles déterminés par règlement ainsi que sur des biens meubles acquis pour l'exploitation d'une entreprise sont assujettis à cette exigence.

⁹⁵⁷ Dans le cas des baux de plus d'un an dits « à long terme », cette exigence est toutefois limitée aux véhicules routiers, aux biens meubles déterminés par règlement, ainsi qu'aux biens meubles requis pour l'exploitation d'une entreprise. Voir : C.c.Q., art. 1852.

⁹⁵⁸ C.c.Q., art. 1847 et 1852.

⁹⁵⁹ C.c.Q., art. 1750.

⁹⁶⁰ C.c.Q., art. 1751.

⁹⁶¹ C.c.Q., art. 1756.

Nous tenterons maintenant de cerner l'approche préconisée dans le cadre de la coopération internationale.

C. Les modèles proposés par les organismes internationaux

803. Ils s'agit principalement de la loi type inter américaine (1), de la loi type de la BERD(2) et de celle adoptée dans le cadre du CNUDCI(3).

1. Aux termes de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières

804. Nous aborderons d'une part l'historique de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et ses objectifs poursuivis, et d'autre part, soulever certaines problématiques d'ordre conceptuel, et d'autres d'ordre terminologique.

Les régimes de sûretés, en particulier les régimes de sûretés mobilières, étaient pratiquement inexistant dans la majorité des pays de l'Amérique latine. Lorsqu'ils existaient, leur vétusté ne leur permettait pas de remplir leurs fonctions. Cela présente un impact direct sur les coûts du crédit. Nombre d'études démontrent maintenant que l'incertitude reliée au paiement ou au recouvrement des prêts expliquerait les forts taux d'intérêt exigés par les institutions financières auprès des emprunteurs. Nombreuses sûretés existantes, n'obéissent pas à des règles uniformes. En matière mobilière, il n'y a pas de registre de publicité centralisé et informatisé, mis à part certains registres informels mis en place par l'industrie bancaire dans certains pays. En matière immobilière, des registres existent, mais les frais d'enregistrement des actes sont prohibitifs, correspondant parfois à un pourcentage de la transaction dont on veut procéder à l'inscription⁹⁶³. Les procédures d'exécution et de recouvrement sont longues, complexes et coûteuses, en plus d'être desservies par un système judiciaire archaïque et souvent corrompu⁹⁶⁴.

Dans ce contexte, et afin de permettre à ces pays de se doter des outils économiques qui leur permettront d'établir un système de crédit compétitif et abordable, on a identifié l'édification d'un régime de sûretés moderne parmi les éléments fondamentaux.

⁹⁶² V. L. ANTOINE. *op. cit.*, p. 161 et s.

⁹⁶³ V. dans ce sens L. ANTOINE. *op. cit.*, p. 168 et s qui cite Guillermo A. MOGLIA CLAPS et Julian B. McDONNELL, « Secured Credit and Insolvency Law in Argentina and the U.S.: Gaining Insight From a Comparative Perspective », (2002) 30 *Georgia Journal of International and Comparative Law* 393.

⁹⁶⁴ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, Activités et priorités du ministère de la Justice en droit international privé – Rapport à la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, août 1998, p. 6.

Les travaux ayant mené à l'adoption de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* s'échelonnent de 1997 à 2002⁹⁶⁵.

De la lecture de l'article 1 de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, l'on note que le premier objectif énoncé est la création d'un régime unitaire et uniforme de sûretés mobilières. L'on y mentionne également que tout pays adoptant cette loi doit créer un registre de publicité unique et d'application universelle à toute sûreté mobilière, tant à celles existantes au moment de l'adoption de la loi qu'à celles créées après.

D'autre part, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* ne vise qu'à régir les sûretés mobilières conventionnelles. Ainsi, à l'article 2, l'on retient l'approche fonctionnelle et unitaire du Titre 9 de l'UCC. Cette disposition prévoit en effet que:

« **Article 2.** *The security interests to which this Law refers are created contractually over one or several specific items of movable property, or on all of the secured debtor's movable property, whether present or future, corporeal or incorporeal, susceptible to pecuniary valuation at the time of creation or thereafter, with the objective of securing the fulfillment of one or more present or future obligations regardless of the form of the transaction and regardless of whether ownership of the property is held by the secured creditor or the secured debtor. When a security interest is publicized in accordance with this Law, the secured creditor has the preferential right to payment from the proceeds of the sale of the collateral* ».

805. Les contours de la sûreté mobilière de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, sans être limpides, sont désormais mieux définis qu'ils ne l'étaient aux termes du *Projet préliminaire OÉA*. Ainsi, le caractère accessoire de la sûreté mobilière est-il davantage précisé, car la sûreté est celle qui a pour but de garantir l'exécution de toute obligation présente ou future, ce qui présente une résonance particulière en droit civil. Le droit de suite est dorénavant prévu à l'article 48 de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*.

806. Cependant, on retient qu'il n'existe pas, dans la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières*, de concept fédérateur de sûreté aussi bien défini que ne l'est l'hypothèque du droit civil québécois. La sûreté mobilière que l'on y prévoit s'apparente davantage à la notion de *Security interest* telle que développée aux termes du Titre 9 de l'UCC, qui n'est que l'énonciation d'un principe d'application général à toute transaction ayant

⁹⁶⁵ Boris KOZOLCHYK et John M. WILSON, « The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2003) 36 *Uniform Commercial Code Law Journal* 15, p. 39-42.

pour but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation, sans égard au titulaire du titre de propriété.

En cela, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* adopte un principe de l'essence de l'opération, qui permet de continuer à utiliser les mécanismes de réserve de propriété. La *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* opère cependant une certaine requalification des transactions présentant certaines ambiguïtés. De deux choses l'une : d'une part, certaines transactions seront régies par d'autres dispositions législatives, comme l'autorise son paragraphe 1 (2), ce qui permettra de préserver certains régimes particuliers ; d'autre part, toutes les conventions obéiront intégralement au régime unique de la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et toute logique qui leur est intrinsèquement propre disparaîtra, sauf le fait de permettre au créancier de demeurer propriétaire du bien. Il faudra voir de quelle manière l'on interprétera les attributs réservés à ce droit de propriété tronqué, devenu pratiquement accessoire⁹⁶⁶.

2. Aux termes de la Loi type de la BERD

807. La Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement fut créée en 1991. Elle représente l'une des suites directes de la chute du mur de Berlin et de l'ouverture des pays de l'Europe de l'Est qui s'en est suivie.

La BERD a élaboré en 1994 une loi-modèle sur les opérations garanties⁹⁶⁷. Cette loi-modèle est essentiellement destinée aux pays d'Europe de l'Est ayant pour objectif de favoriser leur transition vers l'économie de marché⁹⁶⁸. Il fut établi, dès la première rencontre annuelle des dirigeants de cette institution, que les ex-pays communistes n'étaient pas dotés, pour la plupart, de régimes de sûretés, ni de l'infrastructure judiciaire et administrative requises à son déploiement. Cette tâche fut considérée comme l'une des plus pressantes. Un comité d'experts internationaux fut mis sur pied qui, dix-huit mois plus tard, accoucha de la *Loi type de la BERD*, sans doute le premier instrument du genre à voir le jour. La *Loi type de la BERD* propose un système simple afin que chaque pays destinataire puisse l'adapter à son droit national, selon ses besoins et son système juridique. La base y est : à chacun par la suite d'y ajouter ou d'y déroger. Cette loi type adopte, autant que possible, une terminologie neutre.

⁹⁶⁶ V. dans ce sens, L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 281 et s.

⁹⁶⁷ V. le texte sur le site de la B.E.R.D : <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/modellaw.pdf>.

⁹⁶⁸ Sur cette loi-modèle, voir : A. Downmunt-Iwaszkiewicz, J. Roggeman et K. Wasserman, Un nouveau droit des sûretés pour les pays d'Europe de l'est. La loi-modèle sur les sûretés de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement, Th., collective, Paris I, 1995.

Elle est agrémentée d'un commentaire qui explique chacune de ses dispositions. La simplicité fut prônée pour en faciliter l'adoption rapide⁹⁶⁹.

Sur la base des modèles anglo-saxons, c'est l'approche fonctionnelle et téléologique de la notion de sûreté, intitulée « charge », qui est retenue⁹⁷⁰. On notera qu'à la différence du guide législatif de la CNUDCI, la « charge » peut ici porter sur toutes sortes de biens, y compris des biens immobiliers⁹⁷¹.

Cette loi-modèle, qui ne concerne que les relations commerciales, a connu un important succès puisque pas moins de vingt-neuf pays l'ont adoptée. Elle est inspirée de l'article 9 UCC dans la mesure où elle consacre une sûreté unique⁹⁷². Elle ne délaisse toutefois pas complètement la tradition romano-germaniste, à laquelle la plupart des pays d'Europe de l'Est puisent leurs sources, dans la mesure où la sûreté créée en vertu de la loi-modèle de la BERD semble correspondre à un droit réel accessoire⁹⁷³.

Ajoutons, au nombre de ses objectifs, que la Loi type de la BERD se veut un régime applicable aux pays de droit civil du continent, tout en empruntant aux régimes de *Common Law* les nombreuses solutions adoptées dans les pays de cette tradition eu égard, dit-on, aux techniques modernes de financement.

Le Guide législatif sur les opérations garanties des Nations unies préconise, lui aussi, l'adoption de l'approche fonctionnelle ou téléologique.

⁹⁶⁹ John L. SIMPSON et Jan-Hendrik M. RÖVER, « Introduction. A Legal System for Secured Transactions in Market Economies in Transition. An Introduction to the European Bank's Model Law on Secured Transactions », dans *Loi type de la BERD*, *op.cit.*

⁹⁷⁰ Il est ainsi souligné: « The Model Law is based on the idea of a single Security right (a charge) in respect of all types of things and rights. The distinction between various traditional types of Security rights, such as pledges of movables, pledges of rights, and mortgages is merged in one right ». Les notions essentielles sont exposées à la p. 5 de la loi-modèle.

⁹⁷¹ Art. 5.3 de la loi-modèle préc. Sur cette question, voir : A. DOWMUNT-IWASZKIEWICZ, J. ROGGEMAN et K. WASSERMAN, *op. cit.*, p. 20.

⁹⁷² V. A. DOWMUNT-IWASZKIEWICZ, J. ROGGEMAN et K. WASSERMAN, *op. cit.*, n° 217 et s., p. 161 et s. Les deux premiers avant-projets de loi-modèle de la BERD utilisaient d'ailleurs le terme de *Security Interest*. Dans sa rédaction finale, la notion de *Security right* ou droit de sûreté a été préférée car plus compréhensible pour les juristes continentaux. L'approche de la loi-modèle de la BERD est moins radicale que l'article 9 UCC puisqu'elle ne s'appliquera pas, comme ce dernier, à toutes les transactions que les parties ont entendu conclure à titre de sûreté réelle. Certains mécanismes sont en effet exclus de la notion de « charge », notamment lorsque le droit de propriété est conservé à titre de garantie comme dans les cas du leasing. Il y a toutefois une exception à cette exclusion de la notion de « charge », et non des moindres, qui concerne la clause de réserve de propriété. La loi-modèle considère en effet que la propriété est transférée à l'acheteur comme si la clause de propriété n'existait pas. Le vendeur acquiert toutefois une garantie, dénommée « *unpaid vendor's charge* », qui obéira au régime prévu par la loi-modèle. V. A. DOWMUNT -IWASZKIEWICZ, J. ROGGEMAN ET K. WASSERMAN, *op. cit.*, p. 171.

⁹⁷³ V. dans ce sens A. DOWMUNT -IWASZKIEWICZ, J. ROGGEMAN et K. WASSERMAN, *op. cit.*, n° 387 et s. pour qui, « la volonté des rédacteurs de la loi-modèle est d'instaurer une sûreté réelle dont la nature juridique participe d'une conception purement civiliste. Le "charge" de la loi-modèle est une sûreté qui emprunte résolument sa définition aux principes du droit romain ».

3. Aux termes du Guide législatif sur les opérations garanties⁹⁷⁴

808. La CNUDCI⁹⁷⁵ a décidé en 2000 de confier à un groupe de travail n° VI l'élaboration d'un guide législatif sur les opérations garanties. Si ce guide ne contient que des propositions à destination des législateurs nationaux, son contenu est d'une importance en ce qu'il révèle une tendance lourde à l'échelon international quant à la façon d'appréhender les sûretés.

809. Le Guide législatif sur les opérations garanties préconise l'adoption de l'approche téléologique dans sa forme la plus extrême, à savoir celle d'une sûreté unitaire globale⁹⁷⁶, à l'image du *Security interest* (de l'UCC) ou de l'hypothèque présumée (de l'ORCC). Cette approche passe par l'abolition pure et simple des sûretés-propriétés, avec une reconnaissance particulière, cependant, aux sûretés consenties pour garantir le prix d'acquisition d'un bien⁹⁷⁷.

810. À défaut d'adopter cette version extrême de l'approche fonctionnelle, le guide suggère que les propriétés-sûretés soient néanmoins assujetties aux mêmes règles de publicité et de réalisation que celles applicables au régime de sûretés primaires ou de base. Il s'agit, en quelque sorte, du principe de l'essence de l'opération.

811. Le Guide s'appuie sur nombre d'exemples pour étayer sa position. D'une part, l'expérience nord-américaine est citée en modèle. D'autre part, la *Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières* et la *Loi type de la BERD* vont dans cette direction. Enfin, les avantages supplantent les inconvénients.

Au nombre des avantages, le droit des sûretés peut être régi par un texte législatif unique, alors que l'approche formaliste ne le permettrait pas. Autant les sûretés sans dépossession que celles avec dépossession peuvent en bénéficier, avec les adaptations nécessaires, toutefois, à

⁹⁷⁴ Le guide législatif du CNUDCI sur les opérations garanties est disponible sur le site de la CNUDCI : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html.

⁹⁷⁵ CNUDCI (Commission des nations unies pour le droit commercial international) Principal organe juridique du système des Nations Unies dans le domaine du droit commercial international. Organe juridique à participation universelle spécialisé dans la réforme du droit commercial dans le monde depuis plus de 40 ans, la CNUDCI s'attache à moderniser et à harmoniser les règles du commerce international.

⁹⁷⁶ *Guide législatif sur les opérations garanties, op.cit.*, « Introduction », « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux à tous les chapitres du Guide », p. 14, 17, 32-33, 58-61, 64-67.

⁹⁷⁷ *Id.*, « Chapitre IX. Financement d'acquisitions ».

chaque type de sûretés. Puis, dans un contexte international, la reconnaissance d'une sûreté globale en droit interne favorise la reconnaissance d'un plus grand nombre de sûretés d'un pays à l'autre. En somme, il s'agit de reconnaître le principe de la « *relativité de la propriété sur les biens meubles* » afin de permettre la généralisation du crédit garanti. « *En outre, dans cette approche, un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les divers mécanismes de sûretés possibles ni à en évaluer les conditions et les limites, les avantages et les inconvénients. De même, il est plus facile pour les créanciers d'un constituant ou pour un représentant de l'insolvabilité d'un constituant de mesurer leurs droits (et leurs obligations) vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont qu'à se référer à un seul régime, caractérisé par une sûreté réelle mobilière globale. En simplifiant ainsi les choses, on réduira non seulement le coût de la constitution des sûretés, mais aussi le coût de réalisation et, par voie de conséquence, le coût du crédit de façon générale* »⁹⁷⁸.

812. Mais le guide admet que, conceptuellement, cette approche implique une requalification des transactions et que tous les États ne reconnaissent pas ce soi-disant principe de la relativité de la propriété sur des biens meubles. Pour contrer ces objections, il faudra « *former les juristes et les gens d'affaires pour les aider à comprendre les implications pratiques de cette requalification* »⁹⁷⁹. Pour L. ANTOINE⁹⁸⁰, assez hostile à ce guide, « *Une telle remarque, d'un paternalisme intellectuel suspect, n'aidera pas nécessairement à susciter l'adhésion. Les juristes et gens d'affaires du Royaume-Uni, de la France, de bon nombre d'autres pays européens, du Québec, comprennent habituellement les implications de cette approche, mais des choix différents ont été faits dans ces juridictions et peuvent l'être* ».

⁹⁷⁸ *Guide législatif sur les opérations garanties, op.cit.*, « Introduction », « Chapitre I. Champ d'application, approches fondamentales en matière de sûretés et thèmes généraux à tous les chapitres du Guide », p. 59.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 60.

⁹⁸⁰ V. L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 182 in fine.

CONCLUSION DU CHAPITRE

813. Au niveau des législations nationales et au sein des organisations internationales, l'élection d'une approche fonctionnelle des sûretés réelles synonyme d'uniformisation du droit des sûretés se dessine ostensiblement. Si cette frénésie a été suscitée à partir d'un système de sûreté d'un pays de *Common Law*, cela n'a pas été un frein à son adaptation dans des pays de tradition juridique romano civiliste.

Toutefois, la réussite de cette uniformisation est assujettie au respect de quelques principaux fondamentaux en amont tels que la nécessaire définition téléologique des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier. À cela, il convient d'ajouter l'indispensable organisation d'un registre de publicité des sûretés réelles afin d'assurer leur pleine efficacité à l'égard de tous.

Chapitre 2 : Les intérêts d'une uniformisation du droit des sûretés réelles OHADA

814. La nécessité de réformer le droit des sûretés, dans son ensemble, et plus particulièrement en matière mobilière, est née d'un ensemble de circonstances comparables, tant pour les pays de tradition civiliste que pour ceux de la *Common Law*. Comme l'affirme J.-F. RIFFARD, le «bilan pathologique» est, dans les deux cas, très similaire et comparable⁹⁸¹.

815. À une certaine époque, dans les pays civilistes, il était considéré que seuls les biens immeubles présentaient des caractéristiques pouvant satisfaire l'insécurité chronique des créanciers, en raison, notamment, de leur inamovibilité et de leur plusmoitié du XXe siècle, en raison de l'importance économique désormais conférée aux biens meubles. À côté de ces considérations purement économiques sont apparues, au fil des ans, des considérations relevant de la technique juridique qui, bien évidemment, présentèrent néanmoins leur impact économique. Prolifération des sûretés dont on retrouve la source dans des textes législatifs aussi divers que nombreux, voire dans le sacro-saint principe de la liberté contractuelle qui permettrait l'élargissement de la nomenclature pratiquement à l'infini, formalités de constitutions complexes et onéreuses, procédures d'exercice des recours multiples et différentes, parfois même divergentes, qui s'avèrent au demeurant longues, complexes et onéreuses. À tout cela, il faut ajouter la propension du législateur et celle de certains groupes d'intérêts, à susciter la création de privilèges légiférés conférant une priorité de rang à ceux qui en sont bénéficiaires⁹⁸².

816. Ainsi, des motifs d'ordre économique et juridique démontrent la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées, afin de régir les sûretés réelles. Choisir l'uniformisation comme méthode pour une réforme du droit OHADA actuel des sûretés réelles doit pouvoir se justifier véritablement. Cela parce que ce droit a subi une réforme toute récente en vue de la rendre plus moderne, attractive en somme plus efficace.

⁹⁸¹ V. J.-F. RIFFARD, *op.cit.*, p. 23 et s. V. aussi, en droit suisse, A. EIGENMANN, *L'effectivité des sûretés mobilières, Étude critique en droit Suisse au regard du droit américain et propositions législatives*, Editions universitaires FRIBOURG Suisse, 2001, p. 29.

⁹⁸² V. notamment, en droit civil québécois, P. CIOTOLA, «Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 R.J.T. 569, 570 ; P. CROCQ, « Une controverse au sujet du rang du privilège accordé aux créances des organismes de sécurité sociale », in RDU, n° 5, 2^e trimestre 2011, p. 17.

817. Si les efforts du législateur africain dans la modernisation du droit OHADA des sûretés sont indiscutables, ils demeurent une œuvre humaine et toute œuvre humaine reste perfectible.

Notre proposition d'une réforme du droit OHADA se justifie par le fait que, bien qu'améliorées, les sûretés réelles OHADA souffrent plus ou moins des mêmes maux qui affectent l'efficacité des sûretés réelles en droit français.

818. En clair, l'objectif du législateur de favoriser un accès facilité au crédit et par conséquent un développement économique des États membres est difficilement réalisable dans l'état actuel des sûretés réelles. Or, il est indubitable qu'un droit des garanties efficace ne saurait se construire en occultant l'aspect économique⁹⁸³. Les buts généralement visés, par toute réforme, quel que soit le domaine du droit, sont de faire œuvre de « modernisation » et de « rationalisation », afin de répondre, dans le cas précis des sûretés réelles, aux exigences de simplicité et d'efficacité⁹⁸⁴. Il s'agit donc de reformer le droit des sûretés réelles lui conférer l'efficacité juridique et l'utilité économique.

Une réforme ou une mise à niveau du droit actuel des sûretés réelles trouve donc sa justification aussi bien d'un point de vue formel (section 1) que pratique (section 2).

Section 1 : Les intérêts formels de l'uniformisation

819. L'uniformisation du droit des sûretés réelles OHADA préconisée serait sans valeur si elle n'est sous-tendue par aucun intérêt. Outre l'accessibilité et la cohérence (§.1) dans le droit des sûretés réelles qu'elle engendrera, l'uniformisation pourrait participer à la réduction voire la neutralisation (§.2) des inégalités de traitement entre des sûretés appartenant à la même catégorie pour répondre à l'impératif de simplicité et d'efficacité des garanties réelles.

§ 1 : Le regain de cohérence du droit des sûretés réelles

⁹⁸³ V. J. STOUFFLET, *op. cit.*, p 114.

⁹⁸⁴ V. A. LEDUC, *De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie: vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?* Th., Montréal, 2011, p. 127 et s.

820. Le droit OHADA à l'instar du droit français a son régime des sûretés réelles, notamment, qui souffre d'un éclatement justifiant qu'il soit réformé et regroupé autour d'une ou deux institutions principales en vue d'une plus grande clarté.

Le retour de la cohérence au sein des sûretés réelles notamment mobilières implique le respect de certaines conditions qu'on pourrait qualifier de préalables.

821. En effet cette cohérence ne pourra se faire qu'en passant par une normalisation et une rationalisation du droit des sûretés réelles OHADA notamment dans sa partie mobilière.

Cette rationalisation vise à insuffler au régime des sûretés réelles actuelles une certaine simplicité, qui va le conduire vers une meilleure cohérence, d'homogénéité et d'efficacité.

822. On ne le mentionnera jamais assez l'efficacité de tout système de sûreté se trouve dans sa clarté, mais aussi et surtout dans son accessibilité.

La cohérence recherchée au sein des sûretés réelles notamment mobilières pourrait se traduire par une réunification progressive ou radicale de toutes les sûretés mobilières actuelles.

Le but de la réforme proposée n'est pas, rappelons-le, de créer une sûreté mobilière supplémentaire, mais au contraire de rationaliser l'ensemble des sûretés mobilières conventionnelles existantes. Aussi doit-il s'opérer une véritable uniformisation qui va se traduire par une intégration verticale de toutes les sûretés réelles mobilières conventionnelles.

823. L'uniformisation du droit des sûretés réelles ne peut être atteinte que si l'on « impose » aux parties un cadre juridique impératif. L'expérience montre, en effet, que les créanciers vont tenter d'échapper à toute réglementation pour peu qu'elle soit contraignante. Afin de conserver au régime proposé son unité, il est donc essentiel qu'aucune sûreté réelle conventionnelle ne puisse plus être créée en dehors des règles et formes applicables à la sûreté uniforme. Les parties ne doivent pas pouvoir faire produire à une sûreté réelle d'autres effets que ceux du régime légal; toute stipulation contraire à ces règles doit inévitablement être réputée non écrite. *A fortiori*, la création d'autres modes de sûretés doit être purement et simplement prohibée (1).

Ce point est fondamental ; l'avenir de la réforme en dépend. C'est en effet à ce prix que l'on pourra redonner à notre droit une cohérence au niveau notamment des règles de priorité et de réalisation. À défaut, il sera impossible de contrôler efficacement toute tentative de

contourner le régime de sûreté réelle proposé, à moins de se lancer, « *dans un interminable jeu de cache-cache législatif avec les praticiens en modifiant le Code civil au fur et à mesure que ceux-ci inventent de nouvelles techniques pour se faire accorder une garantie réelle*⁹⁸⁵ ».

824. De nombreux arguments militent en faveur d'une uniformisation des règles applicables des sûretés réelles. Ces arguments peuvent être regroupés autour de différents objectifs dont l'un des plus importants est la rationalisation⁹⁸⁶. D'un point de vue technique, l'uniformisation va permettre une plus grande simplification des règles gouvernant la matière, notamment au niveau de la négociation et de la constitution des sûretés. Il s'ensuivra une réduction et une standardisation du contenu de ces conventions puisque les formalités d'enregistrement et de constitution seront les mêmes pour toutes les formes de sûreté mobilière.

Cette standardisation va permettre, en outre, de faire disparaître les problèmes liés à leur interprétation, conférant ainsi une plus grande sécurité aux parties. Grâce à l'uniformisation des règles régissant l'ensemble des garanties réelles mobilières imaginables, « *la confiance et la certitude dans les relations juridiques entre les personnes créancières et débitrices pourra s'établir et se renforcer progressivement* ».

825. Autre conséquence notable, le droit des sûretés réelles ainsi simplifié va pouvoir être, enfin, maîtrisé par l'ensemble des juristes et non pas uniquement par quelques spécialistes.

À plus long terme, la simplification va offrir quelques avantages dans l'optique d'un rapprochement entre les différents systèmes de sûreté réelle. Elle s'inscrirait alors dans le processus en vue de l'élaboration d'un droit international des garanties, lequel processus est déjà bien engagé. Quoi qu'il en soit, l'adoption d'un régime uniforme de sûreté réelle compatible avec ceux en vigueur sera de nature, on le sait, à favoriser le commerce et les échanges internationaux.

826. Par ailleurs, il s'agira à travers cette approche fonctionnelle des sûretés réelles de pouvoir bannir ce cloisonnement qui ne se justifie plus véritablement entre gage et nantissement. Traitant de la réforme tant attendue des sûretés en 2006 en France, bon nombre

⁹⁸⁵ R. A. MACDONALD, « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ?, observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération », Mélanges Germain Brière, 1993, éd. Wilson & Lafleur, p. 550.

⁹⁸⁶ *Idem.* P. 379-383.

d'auteurs l'ont qualifiée « *d'occasion manquée*⁹⁸⁷ » allant même jusqu'à parler « *de l'art de mal légiférer*⁹⁸⁸ » pour traduire leur déception. Cela en ce que la réforme qui s'annonçait comme révolutionnaire n'a finalement pas été le cas. Ainsi, au sujet du droit des sûretés issues de la réforme, certains auteurs noteront qu'« *actuellement, le droit des sûretés personnelles et le droit des sûretés mobilières connaissent une importante diversification. Néanmoins, à la différence du gage originaire(...), le cautionnement ne fait pas l'objet d'infinies variétés appelées à répondre à tel ou tel besoin*⁹⁸⁹ ».

La réforme, plutôt que de ramener la cohérence et la clarté tant souhaitée au sein des sûretés réelles, s'est soldée par un maintien voire une augmentation des régimes spéciaux faisant ainsi douter de la pertinence⁹⁹⁰ de la qualification accordée par le législateur.

⁹⁸⁷ Voir les regrets exprimés par P. CROCQ, « La réforme des sûretés mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, dir. Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006 p. 17 et s., spéc. n° 27. Dans le même sens M. GRIMALDI, « Vers une réforme des sûretés », (2005) *Revue de jurisprudence commerciale* 467, 472 : « Le projet [de réforme] n'a pas retenu le principe d'une sûreté unique, sans dépossession et soumise à la publicité, sur le modèle du Security Interest du Code de commerce uniforme des États-Unis. Après avoir distingué, suivant l'objet de la sûreté, entre le gage des meubles corporels et le nantissement des meubles incorporels, il prévoit deux variétés de gages : il conserve un gage avec dépossession et non publié [par inscription] (le gage du Code civil), il crée un gage sans dépossession et publié sur un registre personnel. La commission a considéré qu'il serait artificiel et inopportun de confondre toutes ces sûretés en une sûreté unique. D'abord, sous bien des aspects, les sûretés sur meubles corporels se présentent très différemment des sûretés sur meubles incorporels, qu'il s'agisse du risque de détournement du bien ou de l'exécution de la sûreté en cas de défaillance du débiteur. Ensuite, s'agissant des sûretés sur meubles corporels, certains créanciers peuvent légitimement préférer une sûreté avec dépossession, qui leur confère un droit de rétention dont on sait l'efficacité, et certains débiteurs peuvent avoir la même préférence pour une sûreté qui leur permet de tenir secret leur endettement » ; Y. PICOD, *op. cit.*, n° 7-10, 12, 17-19, p. 9-13, 14-16, 20-24. Y. PICOD se montre très critique à l'égard de cette réforme que d'aucuns ne considèrent achevée. L'occasion de procéder à l'unification du droit des sûretés à l'intérieur du seul Code civil n'a pas été saisie par le législateur français. En résulte un régime de sûretés disparate, inflationniste, qui n'inspire pas pleinement confiance aux créanciers ni aux débiteurs. « Or, l'inflation conduit nécessairement à l'évanescence, au dépérissement sournois des meilleures institutions », nous dit-il. Voir enfin : J.-F. RIFFARD, « Reform of French securities Law : A revolution in half-tone ? », dans *Eurofenix : The journal of Insol Europe*, Hiver 2007, p. 24 cité par L. ANTOINE, *op. cit.*, note 29, p. 22. Contra. Voir M. BOURASSIN, « Vers un droit commun des sûretés », in *Panorama de législation et de jurisprudence en droit civil des affaires*, D. 2006, p. 1386.

⁹⁸⁸ V. ainsi : D. Legeais, « Le gage de meubles corporels », in *Commentaire de l'ordonnance d'23 mars 2006 relative aux sûretés*, JCP éd. G, suppl. au n° 20, 17 mai 2006, p. 12 et s., spéc. n° 10 : « Le nouveau droit du gage du Code civil est une sûreté parfaitement adaptée à la vie des affaires. Il peut très bien permettre un gage sur stocks. Il a même été conçu dans cet esprit. De même; le nouveau gage sans dépossession aurait très bien pu remplacer les différents gages sans dépossession déjà consacrés par des dispositions particulières [...] Le résultat est désolant. L'ordonnance consacre deux gages sans dépossession aux régimes concurrents. Toutes les sûretés mobilières spéciales du Code de commerce subsistent. Le droit des sûretés mobilières sort ainsi enrichi mais complexifié la réforme » ; adde, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 367 et s., spéc. n° 2 : « force est de constater que le droit des garanties n'a pas été unifié alors que pourtant il s'agissait de l'un des impératifs majeurs de la réforme. Le droit du cautionnement demeure balkanisé. Les garanties voient leur nombre croître du fait de la création de nouveaux gages et hypothèques sans la moindre suppression ».

R. DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », in *La réforme du droit des sûretés*, Dossier, D. 2006, p. 1298.

⁹⁸⁹ N. BORGA, *op. cit.*, n°485, p.457.

⁹⁹⁰ *Ibid.*

827. L'objectif de la rationalisation des sûretés réelles conventionnelles implique donc une réorganisation en profondeur, voire plus osée qui se manifestera par le dépassement des concepts jusque-là jugés inamovibles. La cohérence, signe de rationalisation des sûretés réelles impliquera nécessairement d'une part la suppression⁹⁹¹ des garanties inutiles, d'autre part la négation de l'opposition classique entre meubles corporels et incorporels⁹⁹².

828. En dehors de cette réforme qu'on pourrait taxer de « *cosmétique* », car se contentant d'opérer une simple distinction entre gage sur meuble corporel et gage ou nantissement sur meuble incorporel, les régimes sont demeurés quasiment identiques. Le renvoi dans leur phase d'exécution de divers nantissements vient confirmer ce fait. En effet, au gré des différentes réformes la constatation est que les régimes de ces deux sûretés mobilières phares poursuivent inexorablement leur rapprochement.

829. Il est incontestable que le régime actuel du gage tel que contenu dans l'AUS issu de la réforme de 2010, malgré sa déclinaison qui emporte toujours dépossession, peut s'il est amélioré répondre aux attentes de tous les acteurs du crédit. Et ce, quelle que soit la nature du bien sur lequel pourrait porter la sûreté mobilière⁹⁹³. Les législateurs ont souhaité rendre l'usage du gage effectué avec dépossession exceptionnel. Il s'avère cependant que la distinction entre le gage avec dépossession et sans dépossession est complexe.

830. Avant la réforme, l'attrait du gage était limité par l'exigence de dépossession et les contraintes tirées du principe de spécialité. Conséquence, divers gages ou nantissements spéciaux furent créés. La réforme aurait été une bonne occasion pour parfaire cette rationalisation par une approche plus fonctionnelle des sûretés réelles. Ainsi, sans souhaiter une adoption à l'identique du modèle uniforme de sûreté proposé à l'international, il est possible de rêver à un droit des sûretés réelles plus unifié dans son régime.

⁹⁹¹ V. dans ce sens N. BORGA, *op. cit.*, n°485, p.462 qui soutient que « la rationalisation du droit des sûretés mobilières autour de concepts fondamentaux, doit s'accompagner de la suppression de toutes les sûretés spéciales nées pour pallier les anciennes insuffisances des sûretés modèles ».

⁹⁹² Voir ainsi : J. STOUFFLET, « Le nantissement de meubles incorporels », in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G, suppl. au n° 20, 17 mai 2006, p. 19 et s., spéc. n° 22 ; C. LISANTI, « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D., 2006, p. 2671 et s., spéc. n°14 et 15.

⁹⁹³ V. dans ce sens N. BORGA qui propose, même si cela n'emporte pas notre assentiment total, de mettre fin à « l'éclatement des sûretés mobilières préférentielles en les regroupant autour d'une ou deux institutions principales ».

Une reconquête d'homogénéité au sein des sûretés préférentielles passe alors par une réunification ou une suppression de l'une ou l'autre de ces deux sûretés traditionnelles que sont le gage et le nantissement.

831. Vu l'importance infiniment négligeable dans la constitution du gage, il nous semble peut-être opportun de proposer sa généralisation⁹⁹⁴ comme unique sûreté préférentielle même si subséquemment des aménagements étaient nécessaires. L'objectif étant comme le disait RIFFARD « *non de créer une sûreté mobilière supplémentaire, mais au contraire de rationaliser l'ensemble des sûretés mobilières conventionnelles existantes* ». Ainsi l'uniformisation de ces sûretés réelles, à terme entraînera une « *intégration verticale de toutes les sûretés réelles mobilières conventionnelles* ».

832. Ce souci de cohérence et de clarté se réfère également aux sûretés réelles légales, principalement les privilèges. Même si la nécessité de leur sauvegarde dans le cadre de certaines réformes a été discutée, il demeure, comme un auteur⁹⁹⁵ l'a si bien indiqué, qu'ils répondent à la fois à des contingences politiques, économiques, juridiques, voire sociales. À ce titre, leur maniement doit se faire avec subtilité.

En dépit de la réduction de leur influence, ils continuent d'impacter assez négativement le sort des sûretés mobilières conventionnelles notamment dans l'hypothèse d'une distribution de deniers provenant de la vente d'un bien du débiteur ou du constituant. La question se pose alors de savoir s'il faut envisager leur suppression, leur transformation⁹⁹⁶ ou simplement les soumettre au même régime que les autres sûretés préférentielles conventionnelles ?

833. En droit OHADA, la question des privilèges semble mieux maîtrisée que ce qui se présente en droit français. En effet, le régime français des privilèges malgré la réforme de

⁹⁹⁴ Le droit belge des sûretés a connu une importante réforme opérée le 11 juillet 2013 à travers la L. n° C2013/09377, 11 juill. 2013 : Moniteur belge, 2 août 2013. Il reprend en son compte certaines règles des droit OHADA et français des sûretés, telles que l'abandon de la dépossession du débiteur dans la constitution du gage. Mais là s'arrête la similitude car la lecture du texte Belge révèle d'importantes différences avec ces systèmes. Ainsi, le droit Belge n'établit plus de distinction de principe entre le gage sur biens corporels et le nantissement de biens incorporels. Les deux étant désignés par le terme « gage » et soumis à des règles identiques. Loi disponible ici : http://www.juridat.be/tribunal_commerce/vervierviers/images/124855.pdf. Consulté le 04 février 2015 ; V. égal. Maxime JULIENNE, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », in RDC, 01 décembre 2014 n° 4, P. 656

⁹⁹⁵ J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 191 et s.

⁹⁹⁶ Le droit des sûretés québécois a procédé au maintien de certains anciens privilèges en les transformant en priorités. V. pour une étude plus précise, D. PRATTE, *Priorités et hypothèques*, Revue de droit université de Sherbrooke, 3^e éd., 2012.

2006, continue de témoigner d'un certain caractère occulte et disparate qui n'est pas fait pour rassurer.

Le législateur OHADA à l'occasion de la refonte du droit des sûretés de 2010 n'a guère ajouté ou retranché au régime préexistant des privilèges. À ce sujet, diverses explications peuvent être avancées dont la plus plausible réside dans le caractère éminemment politique qui entoure les privilèges. En effet, à la différence des sûretés réelles conventionnelles, l'institution d'un privilège est « *un acte de souveraineté* »⁹⁹⁷ qui nécessite de tenir compte des différents intérêts économiques et sociaux en présence. Les supprimer ou les réduire impose donc de nombreuses gymnastiques qui sont souvent quasi insurmontables. Mais dans un souci d'efficacité, une attention particulière doit être portée à leur régime afin de les mettre en adéquation avec le régime des autres sûretés réelles conventionnelles.

834. Cette « *normalisation* » permettra d'établir une certaine égalité entre tous les créanciers nantis d'une sûreté réelle conventionnelle ou légale. La complexité de la matière des biens incorporels dont faisait cas le professeur CROCQ⁹⁹⁸ pour justifier le caractère éclaté des nantissements peut dorénavant être surmontée avec cette approche fonctionnelle des sûretés. Cela se justifie par le fait que toutes les sûretés mobilières seront dans cette approche soumises aux mêmes règles générales sans distinction.

835. Le retour à plus de cohérence dans le droit des sûretés réelles aura pour effet bénéfique la restauration de l'efficacité des sûretés réelles traditionnelles et partant, la relativisation de la toute-puissance des propriétés sûretés⁹⁹⁹. Mais la méthode pour y parvenir est encore sujette à discussion. Ainsi, traitant de la différence de sort entre les sûretés réelles traditionnelles et les droits exclusifs en matière de procédures collectives d'apurement du passif, un auteur préconise trois méthodes possibles qui seraient susceptibles de mettre fin à ce qu'elle qualifie en des termes peu amènes « *hypocrisies législatives*¹⁰⁰⁰ ». Pour cette auteure, « *le retour à la cohérence de la politique législative et du système des garanties réelles, dans le respect de la possibilité pour les créanciers de bénéficier de garanties de paiement efficaces, suppose de rétablir directement l'efficacité des sûretés traditionnelles. La question se pose alors de savoir quel doit être l'effet d'une réhabilitation sur les situations*

⁹⁹⁷ V. P. CROCQ (dir.), M. BRIZOUA-BI, L. B. YONDO et *alii*, n° 401, p. 263.

⁹⁹⁸ V. P. CROCQ, *op. cit.*, p. 224 *in fine*.

⁹⁹⁹ V. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op.cit.*, p. 96 et s.

¹⁰⁰⁰ *Ibidem*, p. 95.

*d'exclusivité*¹⁰⁰¹. À cette préoccupation, elle envisage l'exploration de pistes de solution qui se résume dans les termes suivants : « *liberté contractuelle, rigueur et harmonisation totale ou partielle des garanties réelles* ».

Vantant les mérites de cette approche Georges AFFAKI¹⁰⁰² soutient la comparaison entre le droit français des sûretés réelles mobilières conventionnelles et les modèles¹⁰⁰³ fondés sur une approche fonctionnelle des sûretés, en affirmant que « *Dans ces pays, une sûreté unifiée s'applique à tous les biens, quelle que soit leur nature juridique : bien meuble et immeubles, corporels et incorporels, présents et futurs, particulièrement identifiés ou compris dans une universalité. C'est l'approche fonctionnelle qui prime sur l'approche conceptuelle, dont le manque de pragmatisme handicape tellement le droit français.* ».

836. Pour nous, la solution ou la voie vers l'efficacité semble se retrouver aujourd'hui dans une approche fonctionnelle des sûretés réelles pour les motifs évidents et pragmatiques¹⁰⁰⁴ suivants : premièrement, toutes les lois traitant des sûretés réelles mobilières sans dépossession (souvent nombreuses) peuvent être fusionnées en un seul texte, solution garante d'exhaustivité, de cohérence et de transparence des règles. Deuxièmement, les règles sur les sûretés réelles mobilières avec dépossession, en particulier sur le gage avec dépossession, peuvent être incluses et, en même temps, être adaptées aux besoins du moment. Troisièmement, les mécanismes de transfert de la propriété, comme le transfert de propriété à titre de garantie et la réserve de propriété, peuvent être intégrés dans ce régime d'une manière qui non seulement donne aux vendeurs la protection qu'ils souhaitent, mais permet également aux acheteurs d'utiliser toute valeur qu'ils ont acquise sur les biens achetés pour obtenir d'autres crédits. Quatrièmement, des arrangements contractuels remplissant une fonction de sûreté, comme le crédit-bail, la vente et revente et la cession-bail, peuvent également être inclus et traités de manière à réduire les conflits et les incertitudes quant à la priorité des droits des différents créanciers participant à ces opérations. Enfin, cette approche favorise la concurrence entre fournisseurs de crédit en mettant sur le même plan vendeurs, bailleurs et prêteurs. En outre, dans cette approche, « *un créancier qui envisage de consentir un prêt garanti n'a pas à étudier les différentes conditions des divers mécanismes de sûreté possibles ni à en évaluer les avantages et les inconvénients respectifs. De même, il est plus facile pour*

¹⁰⁰¹ V. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op.cit.*, n° 125 et s.

¹⁰⁰² G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, n°11, p. 14.

¹⁰⁰³ V. à titre d'exemple les États unis, le Canada, et les pays ayant transposés la loi type de la BERD.

¹⁰⁰⁴ V. dans ce sens guide législatif sur les opérations garanties de la CNUDCI en son paragraphe 105, p. 60.

les créanciers d'un constituant ou pour un représentant de l'insolvabilité d'un constituant de mesurer leurs droits et leurs obligations vis-à-vis du créancier garanti s'ils n'ont à se référer qu'à un seul régime, caractérisé par une sûreté réelle mobilière globale. En simplifiant ainsi les choses, on réduira non seulement le coût de la constitution des sûretés, mais aussi le coût de réalisation et, par voie de conséquence, le coût du crédit garanti de façon générale»¹⁰⁰⁵.

837. L'éclatement ou la fragmentation du droit des sûretés réelles mobilières notamment imposait donc de proposer une rationalisation et une uniformisation en vue d'une efficacité plus égalitaire des sûretés réelles OHADA.

§ 2 : La réduction et la suppression des inégalités entre sûretés réelles

838. Dans un sens général, la définition donnée de l'inégalité est faite par un renvoi à celle de l'égalité. En effet, l'inégalité est appréhendée comme la qualité de ce « *qui n'est pas égal à quelque chose ou à quelqu'un d'autre*¹⁰⁰⁶ ». Quant à l'égalité¹⁰⁰⁷ (du latin *aequalitas*), il se rapporte à ce qui est égal ou équivalent. Et dans les rapports entre individus, on parle d'égalité civile, politique, et sociale pour dire que tous les hommes sont égaux en droits¹⁰⁰⁸ et soumis aux mêmes obligations.

839. L'égalité entre créanciers titulaires de garanties réelles apparaît comme le fruit d'une rationalisation du droit des sûretés réelles réalisée en amont.

L'analyse de l'égalité en droit des sûretés réelles rejoint plus ou moins la problématique de « *l'égalité devant la règle impérative* »¹⁰⁰⁹. Cette analyse est intimement liée à la détermination des rangs ou plus précisément à la question des classifications. L'acuité¹⁰¹⁰ de

¹⁰⁰⁵ V. *infra*, p.374

¹⁰⁰⁶ V. *Le Petit Larousse illustrée* 2012, p. 569. Égal. *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 2012, p. 386.

¹⁰⁰⁷ V. *Le Petit Larousse illustrée* 2012, *op. cit.* p. 379.

¹⁰⁰⁸ V. art. 1^{er} de la déclaration universelle des droits de l'homme qui proclame que : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ». <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

¹⁰⁰⁹ N. BORGA, *op. cit.*, n°428.

¹⁰¹⁰ V. ainsi les thèses de M. VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Rousseau, 1949, préf. J. Hamel ; et M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Sirey, 1973, *Bibl. dr. com.*, T. 25, préf. G. Lagarde. V. également les articles de M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *in Mélanges A. Breton et F. DERRIDA*, Dalloz 1991, p. 31 ; J.-L. COUDERT, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? », *LPA*, 26 août 1992, p. 12 ; F. POLLAUD-DULIAN, « Le

cette question en droit des sûretés n'est plus à démontrer vu son impact sur l'édiction d'un régime cohérent. Il est donc à déplorer avec certains auteurs que ce principe ne soit pas « *en amont des classifications législatives puisqu'il doit précisément servir de guide au travail de découpage des catégories qu'entreprend l'autorité normatrice* »¹⁰¹¹.

Le principe d'égalité des créanciers est présenté par certains auteurs comme « *la base essentielle de l'organisation et du fonctionnement des procédures collectives ; âme de ces procédures en même temps que la loi d'airain à laquelle tous ceux qui n'ont pas une cause légale de préférence doivent être soumis* »¹⁰¹². Ce principe est, par ailleurs, internationalement reconnu. Ainsi, le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité* élaboré par la CNUDCI évoque parmi les principaux objectifs à prendre en compte pour élaborer et développer une loi sur l'insolvabilité efficace, le fait de garantir « *le traitement équitable des créanciers se trouvant dans la même situation* »¹⁰¹³.

Mais la complexité se trouve dans cette détermination de « *l'identité de situation* ».

Comment définir le cadre et le contexte d'une mesure équitable de cette donnée d'égalité de traitement ?

Si pour certains, le terrain idéal se retrouve dans la mise en œuvre¹⁰¹⁴ des sûretés réelles, il convient selon nous d'ajouter les conditions de constitution qui selon leur consistance impacteront à la fois le coût et l'attrait que les parties auront pour une sûreté réelle donnée.

840. La recherche de l'égalité se fait tant au plan interne qu'international

Au plan interne, cela se constate dans la réforme du droit des procédures collectives dans le sens d'un traitement égalitaire des créanciers nantis de garanties réelles. Cet effort interne ne

principe d'égalité dans les procédures collectives », JCP éd. G, 1998, I, 138 ; Ch. LEGUEVAQUES, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives, flux et reflux », Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr., 162 et 2, Doctr., 1220 ; Ph. DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in Rapport de la Cour de cassation 2003, La Documentation française, 2004, p. 125 ; F. DELPÉRÉE ET J. SIAENS, « L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial », in Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples, coll. du Centre d'études Jean Renauld, Université catholique de Louvain, vol. 9, Bruylant, 2002, p. 299 et s. Plus généralement, voir : J.-M. LOUIS, *Le principe d'égalité en droit des affaires*, Th., Paris I, 1998.

¹⁰¹¹ V. O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, 1992, n° 16, p. 131.

¹⁰¹² M. VASSEUR, obs. sous Cass. com. 19 avr. 1985, D. 1986, Somm., p. 9.

¹⁰¹³ V. le guide dans ces quatre parties dont la dernière relative aux « obligations qui pourraient être imposées aux personnes chargées de prendre des décisions relatives à la gestion d'une entreprise lorsque celle-ci fait face à une insolvabilité imminente ou que l'insolvabilité devient inévitable ». a été adoptée le 18 juillet 2013. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html

¹⁰¹⁴ V. dans ce sens L. B.- PRUD'HOMME, *op. cit.*, p. 82, qui dénonce les incohérences du législateur dans les traitements des créanciers titulaires des mêmes sûretés réelles : « En effet, l'existence des droits exclusifs ne devient véritablement remarquable et discutable que par l'importance pratique qu'ils ont prise. Or ce développement est la conséquence directe des choix de politique juridique, en particulier du sacrifice des créanciers chirographaires ou munis de sûretés réelles spéciales en cas d'insolvabilité du débiteur, c'est-à-dire dans l'hypothèse même où les garanties trouvent leur raison d'être ».

doit cependant pas se faire en marge de la convergence au plan international en matière de traitement des créanciers en cas d'insolvabilité du débiteur.

841. L'adoption d'un droit uniforme et unique en matière de sûretés réelles qui passe au préalable par l'acceptation de l'approche formelle, propulsera notre droit des sûretés dans sa quête d'efficacité. En effet, le problème au plan interne sera en partie réglé puisque une relative égalité pourrait s'établir et qui serait le résultat de l'uniformisation et l'unification du régime des sûretés réelles. Au plan international, notre nouvelle approche des sûretés réelles nous permettra d'être présents au rendez-vous de la convergence internationale.

En effet, plusieurs pays ont adopté, avec certaines adaptations¹⁰¹⁵, le texte de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale, dont les États-Unis d'Amérique en 2005 et le Canada en 2009. L'Union européenne, de son côté, adopta un règlement¹⁰¹⁶ aux objectifs comparables, mais qui se limite à des procédures se déroulant sur son territoire. Son champ d'application est plus limité, ce pour quoi l'on souhaite l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale par ses États membres. Enfin, dans cette même foulée, la CNUDCI adopta, le 1er juillet 2009, le *Guide pratique de la CNUDCI sur la coopération en matière d'insolvabilité internationale*, qui fait la somme d'expériences pratiques illustrant la coopération entre les tribunaux dans le cadre de procédures transfrontalières, se voulant un autre outil d'information qui vise l'harmonisation du droit de l'insolvabilité.

842. Bien qu'il soit trop tôt pour parler d'une harmonisation complète du droit de l'insolvabilité, les outils proposés en ce sens par les organisations internationales sont autant de pas en cette direction.

L'égalité se matérialisera non par un rang unique de désintéressement de tous créanciers titulaires de sûretés réelles, mais se déclinera plutôt dans une organisation simple, claire et précise des ordres des priorités dans le désintéressement des créanciers.

¹⁰¹⁵ « Des textes législatifs fondés sur la Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale ont été adoptés en Australie (2008), en Afrique du Sud (2000), en Colombie (2006), en Érythrée (1998), aux États-Unis d'Amérique (2005), en Grande-Bretagne (2006), aux Îles Vierges britanniques, territoire d'outre-mer du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord (2003), au Japon (2000), en Maurice (2009), au Mexique (2000), au Monténégro (2002), en Nouvelle-Zélande (2006), en Pologne (2003), en République de Corée (2006), en Roumanie (2003), en Serbie (2004) et en Slovénie (2007) », peut-on lire sur le site Web de la CNUDCI, à la page concernant l'état des ratifications des textes de la CNUDCI en insolvabilité, en ligne : http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

¹⁰¹⁶ UNION EUROPÉENNE, Règlement 1346/2000, 29 mai 2000.

Le constat très clair qui se dégage aujourd'hui est la rupture de l'égalité entre créanciers titulaires de sûretés réelles. En d'autres termes, une différence d'efficacité est à déplorer pour les sûretés relevant de la même catégorie.

Cette différence qui ne s'appuie pas sur la différence de nature existe dans le domaine des sûretés réelles tout autant que dans celui des sûretés personnelles. La matière des sûretés immobilières reste cependant peu affectée d'un point de vue spécifique comparativement aux sûretés mobilières.

Cette inégale efficacité se matérialise par des différences formelles, notamment dans les règles de constitution respective de ces différentes sûretés réelles.

La matérialisation la plus concrète de ces écarts est faite par le degré de protection différente que procurent ces sûretés réelles au moment crucial de leur mise en œuvre.

La constatation du « *laminage* » des sûretés réelles préférentielles et traditionnelles contraste avec l'efficacité presque incontestable des sûretés propriétés.

Au gré des différentes réformes, la pratique a vidé de son contenu les dispositions du Code civil qui faisaient du nantissement et des privilèges, les causes légitimes de préférence.

Les créanciers préférant autant que cela est possible recourir à des garanties relativement plus efficaces que la protection dérisoire que leur confèrent les sûretés préférentielles.

Le législateur OHADA n'a malheureusement pas suffisamment tiré les leçons de l'œuvre incomplète intervenue en France en 2006 relativement à la réforme du droit des sûretés.

Cette révision des sûretés a essuyé les critiques les plus virulentes pour diverses raisons et notamment pour avoir été mené parallèlement voire dans l'indifférence totale de la réforme du droit des procédures collectives. Le résultat, une réforme critiquée de toute part malgré les innovations incontestables qu'elle a apportées au régime ancien et touffu des sûretés.

La consécration des propriétés sûretés en droit OHADA même si elle constitue une amélioration appréciable, dévoile cependant le sort peu enviable des sûretés réelles préférentielles.

En effet, à l'exception de celles qui confèrent de façon incidente un droit de rétention autrement dit, un droit exclusif à leur titulaire, toutes les autres doivent subir la dure concurrence des autres créanciers avec le risque de ne pouvoir recouvrer la totalité voire la moitié même de leur créance.

Cette situation est le fruit des atermoiements du législateur dans l'adoption d'une approche fonctionnelle des sûretés réelles qui aurait permis d'amoindrir voire supprimer ce déséquilibre entre sûretés réelles.

843. La soumission de toutes les sûretés réelles aux mêmes exigences formelles et substantielles avec l'adoption d'un système unique et uniforme, même si elle ne constitue pas la panacée, demeure dans l'état actuel la voie la plus préconisée au plan international. Le constat d'une disparité entre les sûretés traditionnelles et les nouvelles formes de garantie quant aux règles de forme de nature publicitaire a été dressé¹⁰¹⁷. Par ailleurs, si un formalisme de spécification est généralement présent au sein de toutes les garanties réelles conventionnelles, il se présente de façon hétérogène et pourrait connaître une homogénéisation.

844. L'identification des fonctions du formalisme. Si le droit des sûretés réelles est traditionnellement marqué par le formalisme, ce dernier n'a que peu à voir dans sa philosophie avec celui imprégnant ou devant imprégner les sûretés personnelles. Les exigences de forme n'ont pas ici, ou du moins pas exclusivement, pour unique fonction de protéger la personne du constituant. Cela tient à une raison simple: contrairement à la sûreté personnelle, la sûreté réelle n'est pas constitutive d'un endettement¹⁰¹⁸. Certes, elle en est le plus souvent la condition, mais, en elle-même, elle n'en constitue pas un. Cette donnée explique probablement le recul des exigences de forme à l'égard des sûretés réelles lorsqu'il s'agit de protéger le constituant. Comme l'a souligné M. DUPICHOT, si le formalisme des sûretés réelles était essentiellement fondé sur la protection du constituant, on pourrait s'attendre à ce que la promesse de sûretés obéisse aux mêmes règles de validité que le contrat de sûreté lui-même. Or, la jurisprudence requalifie en promesse un contrat de sûreté ne respectant pas une condition de forme requise *ad validitatem* alors qu'en principe, promesse et contrat formel sont liés afin que la volonté de protection du constituant instituée par le législateur ne puisse être contournée. Dans le domaine des sûretés réelles, les exigences de forme, tout en contribuant malgré tout à ce que le constituant délivre un consentement éclairé, ont donc essentiellement pour objet de fixer un certain nombre d'éléments dans l'acte ou encore d'assurer l'opposabilité de la sûreté aux tiers. La forme participe alors de la sécurité juridique et favorise la poursuite de la finalité naturelle du droit des sûretés. Elle conforte le créancier quant à l'exécution de son obligation par le débiteur. Pour ces raisons, il n'est guère

¹⁰¹⁷ V. *supra*, p. 316 et s.

¹⁰¹⁸ V. M. GRIMALDI, « Problèmes actuels des sûretés réelles. Rapport français », in *Les garanties du financement*, Trav. Ass. H. Capitant, Journées portugaises, 1996, T. 47, p. 155 et s., spéc. n° 1 ; Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. Martin (D.), n° 570.

surprenant de constater que ce formalisme de spécification se retrouve présent dans les propositions internationales d'uniformisation du droit des sûretés mobilières¹⁰¹⁹.

845. L'intérêt d'une soumission égalitaire aux exigences de forme. L'utilité d'une soumission identique au formalisme publicitaire apparaît évidente.

D'une part, cela contribuerait en partie à lutter contre le risque de désaffection couru par les sûretés réelles traditionnelles. D'autre part, cela offrirait une meilleure lisibilité de la situation du débiteur, renforçant ainsi la sécurité juridique des tiers. À l'égard du formalisme visant à la détermination d'un certain nombre d'éléments essentiels au contrat de sûreté, formalisme de spécification, il se retrouve présent, avec un degré d'intensité variable, dans la majorité des sûretés réelles conventionnelles nommées. Cette présence traduit son importance et son utilité, quelle que soit la sûreté réelle envisagée. On peut donc regretter un éparpillement et une certaine variabilité de ces exigences alors que la généralité de l'objectif poursuivi s'accommoderait d'un regroupement au sein d'un véritable régime commun impératif.

De ce régime impératif destiné à soumettre tous les créanciers titulaires de sûretés réelles à des modalités identiques et uniques doit découler d'un texte législatif qui va édicter un « véritable droit commun ». Ce droit commun des « formalités¹⁰²⁰ » précisera les mentions obligatoires et facultatives qui devront figurer sur l'acte constitutif de la garantie et les sanctions éventuelles assorties à leur non-respect.

¹⁰¹⁹ En ce sens, voir le projet de guide législatif du groupe de travail VI de la CNUDCI (Vienne, 25 juin-12 juill. 2007), préc., rec. n° 13 : « The law should provide that, for a Security agreement to be effective, it must reflect the intent of the parties to create a Security right, identify the secured creditor and the grantor, and describe the secured obligation and the encumbered assets. A generic description of the encumbered assets is sufficient (e.g. "all present and future assets" or "all present and future inventory") ». Le contrat de sûreté peut toutefois être oral s'il s'accompagne du transfert de la possession du bien (rec. n° 14). Voir également les articles 6 et 7 de la proposition de loi modèle interaméricaine sur les transactions garanties du bureau du droit international de l'organisation des États américains. Un écrit est requis (art. 6) et doit comporter au minimum six mentions particulières (art. 7) : la date d'exécution, des informations permettant d'identifier le constituant et le créancier, le montant maximum garanti par le Security Interest, une description du bien objet de la sûreté, l'indication expresse que le bien fait l'objet est donc en garantie d'une ou plusieurs créances particulières et, enfin, une description de la ou des créances garanties. Loi modèle disponible à l'adresse : http://www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm. Voir enfin l'article 7.3 de loi-modèle de la BERD sur les transactions sécurisées. A titre de validité de la garantie, ce texte prévoit que la garantie doit résulter d'un écrit, lequel doit identifier le constituant, le bénéficiaire, la dette garantie et le bien objet de la garantie.

¹⁰²⁰ V. dans ce sens la proposition faite par N. BORGA, *op. cit.*, n°502, p. 471. Pour cet auteur une exigence formelle de spécification commune à l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles pourrait s'exprimer à travers un nouvel article du code civil rédigé comme suit : « Tout contrat de sûreté réelle doit être constaté par écrit. A peine de nullité, l'acte doit comporter la dénomination de la sûreté réelle souscrite, le ou les biens objets de la sûreté ainsi que la ou les créances garanties. S'il s'agit de créances futures, elles doivent être déterminables. En cas de contradiction entre la dénomination conférée à l'acte par les parties et le contenu de l'engagement, il appartient au juge de le requalifier selon sa nature véritable. Le mandat sous seing privé de contracter une sûreté réelle est soumis aux mêmes dispositions ».

846. Apparemment simple, la question de l'égalité entre créanciers titulaires de garantie en général et de sûreté réelle en particulier divise depuis toujours la doctrine.

En effet, pour certains l'égalité absolue entre créanciers ne pourrait s'obtenir que par une remise à plat, en d'autres termes une suppression¹⁰²¹ pure et simple des sûretés actuelles. Car elles sont à l'origine même de l'inégalité. Ce débat a été engagé transatlantique notamment aux États-Unis à l'occasion de l'adoption du livre IX de l'UCC. Certains auteurs très souvent militant pour une analyse économique du droit se sont élevés contre la préférence accordée aux *secured creditors* sur les autres¹⁰²².

847. Cette conception se heurte aux partisans des sûretés comme moteur du crédit et qui traite le projet de suppression des sûretés et d'égalité entre créanciers nantis de sûretés d'« irréaliste »¹⁰²³.

848. Il convient cependant de se placer dans une conception médiane de la recherche de l'égalité des sûretés réelles. Il s'agira concrètement dans une approche fonctionnelle de tendre d'une part vers une soumission à des formalités uniformes l'ensemble des sûretés réelles et d'autre part, à des modes de classement et de réalisation plus ou moins libéralisés.

Leduc ANTOINE dans sa justification de la recherche de l'égalité entre les différents créanciers d'un même débiteur admet que « ce principe peut être enfreint par l'établissement de priorité. Cette entorse au principe dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité est justifiée par l'orientation donnée à cette procédure »¹⁰²⁴. En effet, si dans certains pays, les procédures collectives visent le désintéressement rapide des créanciers, dans d'autres, en

¹⁰²¹ V. H. ROSSIGNOL, Rapport au 17^e congrès des syndics et administrateurs (Orléans 1978) sur le thème « L'égalité des créanciers compromise par la multiplication des privilèges », GP 1978, 2, doct. 612, critiquant le fondement même des privilèges généraux des salaires et du trésor, le risque devant selon lui être supporté par la collectivité et non par les créanciers ; CH. MOULY, « Procédures collectives, assainir le régime des sûretés », Études R. ROBLOT, LGDJ, 1984, p. 529 et s, n°49 ; F. GILLET, « Le crédit de l'entreprise et la sécurité de ses bailleurs de fonds », Banque 1973, 1083, spéc. P. 1086 et 1087.

¹⁰²² V. J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 11 et s., et les références citées ; GRANT GILMORE, « The Good Faith Purchase Idea in the Uniform Commercial Code : Confessions of a Representant Draftsman », 15 Ga. L. Rev. 605, 627 (1981) : « Does it make any sense to award everything to a secured party who stands idly by while a doomed enterprise goes down the slippery into bankruptcy? » ; L. M. Lo PUCKI, « The unsecured creditor's bargain », Virginia law review, 1994, p. 1887 et s.

¹⁰²³ Voir dans ce sens L. B.-PRUD'HOMME, *op. cit.* n°123, qui se résigne à l'idée qu'il est quasi impossible dans l'état actuel des développements économiques et politiques de trancher. Elle suggère plutôt une solution médiane qui consisterait à « se tourner vers une solution moins radicale et plus adaptée aux problèmes des droits exclusifs : le retour à la cohérence au sein du droit des garanties réelles, plutôt que la suppression de ces dernières ». Egal. M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA, Paris, Dalloz, 1991, p. 31 et s. n° 15, qui adopte une position plus radicale : « L'impératif que constitue le développement du crédit ne peut que tendre à l'inégalité entre les créanciers puisque l'assurance du paiement ne peut être donnée à chacun ».

¹⁰²⁴ L. ANTOINE, *op. cit.*, p. 55 et s et p. 118.

raison du rôle social qui leur est assigné, elles peuvent prioriser le rétablissement du débiteur défaillant.

849. Il est possible d'affirmer que les systèmes juridiques occidentaux connaissent et partagent pratiquement tous, depuis longtemps, le principe de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances. Il demeure néanmoins une exception notable à ce principe, à savoir que tout régime de sûretés légiféré constitue ce que l'on identifie généralement, dans la tradition de droit civil, comme étant une « *cause légitime de préférence* », en ce qu'un tel régime vise l'établissement d'un ordre de priorités. Au nombre des préoccupations qu'ont en commun les législateurs des traditions de droit civil et de *Common Law*, lorsqu'ils édictent des lois visant à régir l'ordonnement des priorités entre les créanciers, se retrouvent les notions de simplicité et d'efficacité dont doivent faire preuve les régimes de sûretés qui seront leurs principales caractéristiques.

850. La compréhension du fonctionnement d'un régime de sûretés, quel qu'il soit, passe inévitablement par celle des modes de recouvrement qui sont mis à la disposition des créanciers, lorsque le débiteur est en situation de défaut d'exécution de ses obligations. En cela, on distingue généralement deux situations : d'abord, lorsque le débiteur est solvable, voire lorsqu'il est insolvable, sans qu'il ne soit assujéti à une quelconque procédure collective des créanciers ; ensuite, lorsque le débiteur est insolvable et qu'il se trouve assujéti aux règles d'une procédure collective des créanciers.

851. Parmi les possibles justifications du principe de l'égalité des créanciers et de la nécessité d'instaurer une procédure collective pour en assurer l'application, citons la prévention des fraudes et des tractations malhonnêtes, ainsi que le désir d'éviter les poursuites anarchiques. De même, la procédure collective de liquidation a pour but d'assurer une distribution juste et équitable des biens du débiteur. C. Del MARMOL, citant E. LAMBERT, résumait ces justifications en ces termes : *Combien choquante, au point de vue de l'équité et surtout combien contraire aux exigences primordiales de l'intérêt social devient, pendant la crise commerciale actuelle, l'application d'une conception périmée de l'absolutisme des droits individuels qui permet à un créancier grincheux, vindicatif ou même simplement inintelligent, de détruire, au détriment de la masse des créanciers raisonnables et prévoyants, la valeur actuelle de leur gage commun et son aptitude, quand la crise économique actuelle sera conjurée ou atténuée, à leur fournir à tous satisfaction totale ou au moins partielle.*

Il y aurait donc un souci de justice distributive chez un législateur qui met en œuvre un tel principe dans ses lois. Cette volonté d'égalité fut voisine de celle de justice et constituerait, à ce titre, un enjeu important du droit. Certaines raisons autorisent cependant le législateur à y déroger.

852. Si l'on accepte le postulat de l'égalité des créanciers dans le recouvrement de leurs créances, l'on comprendra que tout régime de sûretés est dérogatoire ou exorbitant du régime de droit commun. Cependant, c'est à l'aune de ce principe que nous pourrions tenter de dégager les principales justifications apportées au soutien de l'édification d'un régime de sûretés et de l'établissement d'un ordre de priorités entre les créanciers

853. Par ailleurs, l'internationalisation des marchés n'est pas qu'une vue de l'esprit. De plus en plus, les entreprises se mondialisent. Elles ont des places d'affaires dans plus d'un pays et même sur plusieurs continents. Leurs biens se trouvent donc dans plusieurs juridictions, ainsi que leurs créanciers et leurs débiteurs. L'impact de ces situations se fait sentir tant dans un contexte de financement transfrontalier, relativement à la prise de sûretés, que dans le cadre de procédures d'insolvabilité, tant locales qu'internationales.

L'État où s'ouvre une procédure collective applique habituellement son droit interne tant pour la procédure proprement dite que pour ses effets (*lex fori concursus*). Le tribunal de l'État du for établit la validité et l'opposabilité des sûretés en fonction de ses propres règles de conflits de lois (à l'exception des droits portant sur des immeubles et des biens meubles qui s'y unissent par accession, qui peuvent alors être assujettis à la loi du *situs*).

Ces règles vont référer au droit applicable, qui ne sera pas celui de l'insolvabilité, mais d'autres lois ou sources de droit, locales ou étrangères. En revanche, le droit processuel de l'insolvabilité viendra préciser les effets des sûretés dans le contexte de la procédure collective. La reconnaissance de sûretés étrangères, leur rang et la possibilité pour le créancier d'exercer ses droits sont autant de facettes qui en dépendront.

Les guides législatifs de la CNUDCI, les lois types de la BERD et de l'OÉA, les Principes de la Banque Mondiale et du FMI, sont autant d'instruments de l'harmonisation qui tentent d'apporter des solutions aux problématiques que les procédures d'insolvabilités soulèvent. Et, les différents droits internes ont intérêt à adopter des règles de conflits de lois similaires et à harmoniser leurs règles relatives à la constitution, à la validité et à la publicité des sûretés,

afin qu'elles soient reconnues d'un État à l'autre et qu'elles procurent aux créanciers les effets recherchés, et ce, tant localement qu'à l'étranger, *a fortiori* dans un contexte d'insolvabilité.

854. D'un point de vue théorique, la recherche de l'uniformisation des sûretés réelles participera pleinement à faire reculer cette impression de désordre et d'éclatement de leur régime. Ce retour d'homogénéité passe nécessairement par la suppression des différences inutiles entre sûretés reposant sur les mêmes techniques d'une part et d'autre part, par la suppression des garanties dont l'existence ne se justifie plus véritablement. Par ailleurs, il en découlera de façon progressive un amoindrissement voire une disparition à long terme du traitement inégalitaire entre les mêmes sûretés réelles. L'atteinte de tous ces objectifs ne peut toutefois être satisfaisante si elle n'est soutenue par la démonstration des utilités pratiques de l'uniformisation du droit des sûretés réelles.

Section 2 : Les intérêts pratiques de l'uniformisation

855. L'uniformisation aurait cet effet positif de pouvoir à la fois faciliter l'accès ou l'obtention de crédit (§. 1) à moindre coût et de faire entrer notre droit des sûretés réelles dans la modernité en le conformant aux standards internationaux (§. 2).

§ 1: La levée des entraves et l'accès au crédit à moindres coûts

856. Il serait peut-être redondant de revenir sur le lien entre crédit et sûretés, mais dans cette approche qu'on voudrait fonctionnelle des sûretés réelles nous ne saurions en faire l'économie.

*« L'économie a besoin du crédit, le crédit a besoin des sûretés, les sûretés ont besoin d'un régime qui assure leur efficacité en cas d'insolvabilité de l'emprunteur »*¹⁰²⁵.

¹⁰²⁵ G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in Repenser le droit des sûretés mobilières, ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, n°1 ; article publié égal. dans Banque et droit, n° 97, 2004.

Tout comme le crédit « *la matière des sûretés réelles est ancienne aussi ancienne que le crédit...* »¹⁰²⁶. Et, le droit des sûretés est au confluent de différents droits¹⁰²⁷ et notamment du droit du crédit qui constitue de façon imagée leur « *mère* »¹⁰²⁸.

Aujourd'hui plus que jamais, il s'avère nécessaire de franchir le rubicond et de se « jeter à l'eau »¹⁰²⁹.

857. L'emprunt de cette image sportive¹⁰³⁰ utilisée par un auteur pour qualifier la situation du droit des sûretés français tiraillé entre conservatisme¹⁰³¹ et évolution voire révolution n'est pas totalement étrangère à ce qui se passe en droit OHADA. La critique du droit des sûretés français par le professeur PERRERA¹⁰³² est révélatrice de l'image peu flatteuse que celui-ci renvoie à l'international. En effet, il soutient que nonobstant les réformes insufflées au droit des sûretés français par l'ordonnance du 23 mars 2006, « *Le juriste étranger ne peut s'empêcher d'éprouver un certain sentiment de traditionalisme et de conservatisme eu égard aux solutions historiques contestées* ». Il poursuit sur la critique en affirmant que « *...le législateur français n'a pas eu l'audace de franchir le pas décisif qui consisterait en la création d'une technique contractuelle unique[...] une appréciation plus attentive de la réforme par le juriste étranger renforce sa sensation que certaines solutions sont intrinsèquement incohérentes au regard de la finalité fonctionnelle innervant le droit des sûretés* ».

858. Cette « *photographie* » du droit des sûretés français n'est pas très éloignée de celle qu'on pourrait présenter du droit des sûretés OHADA.

En effet, il est incontestable que notre droit des sûretés peut être qualifié de moderne en comparaison des différents systèmes existants. Mais la réforme de 2010 n'a pas opéré le grand

¹⁰²⁶ E. ANCEL, dans sa présentation du colloque « repenser le droit des sûretés mobilières » ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 3.

¹⁰²⁷ Procédures collectives, droits des biens, droit des contrats... etc, v. M. GRIMALDI, thèse de Ph. DUPICHOT, Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, LGDJ, 2005.

¹⁰²⁸ De façon plus exacte les sûretés sont désignées comme « les filles du crédit » car elles « ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité ». V. F. DAHAN, « Un point de vue de Londres : projet Anglais et réforme en Europe centrale », in Repenser le droit des sûretés mobilières, ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 98 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, Droit des sûretés, 9^e éd. Litec, 2010.

¹⁰²⁹ V. F. DAHAN, *op. cit.* p.96

¹⁰³⁰ *Idem*

¹⁰³¹ V. dans ce sens Angel. CARRASCO, « Les perspectives d'harmonisation du droit Européen des sûretés », in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, coll. Droit et procédures, 2006, n°112.

¹⁰³² *Idem.*

« *plongeon* » effectué par bon nombre de pays¹⁰³³. Le législateur OHADA s'est contenté de petites avancées timides qui au fond ne permettent à notre droit des sûretés réelles actuelles de s'adapter véritablement aux besoins du crédit¹⁰³⁴ dans nos États avec le maintien de cette diversité, à notre sens inutile.

859. Le développement et l'accès facilité au crédit doivent donc être entraînés par un cadre législatif adéquat relatif aux sûretés notamment réelles.

Les grandes lignes de ce régime général des sûretés réelles ont été énoncées par les professeurs MOULY et CABRILLAC. En effet pour eux, ce régime doit être guidé par la liberté d'exploiter ses actifs au mieux de ses intérêts : « *Au lieu d'exploiter l'utilité directe du bien, le constituant exploite la valeur qu'il recèle en conférant au créancier un droit sur elle susceptible d'être exercé dès qu'elle apparaîtra. La méthode respecte le bon sens en permettant de laisser au constituant, par certaines techniques, l'utilité du bien pendant que le créancier dispose d'un droit sur la valeur* »¹⁰³⁵.

¹⁰³³ Il s'agit principalement des pays d'Europe de l'Est qui ont opté dans les années 90 pour l'économie de marché et partant de la réforme de leur droit des sûretés malgré leur tradition civiliste. C'est le cas notamment des 26 pays suivants qui ont adopté des lois modernisant leur régime des sûretés réelles d'après la loi modèle sur les opérations garanties élaborée par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (M ode/ Law on Secured Transactions) en 1994 : Albanie, Arménie, Azerbaïdjan , Biélorussie, Bosnie Herzégovine, Bulgarie, Croatie, République Tchèque, Estonie, Géorgie, Hongrie, Kazakhstan , Kirghizstan , Lettonie, Lituanie, Macédoine , Moldavie, Pologne, Roumanie, Russie, Serbie et Monténégro, République slovaque, Slovénie, Tadjikistan , Turkménistan , Ukraine, Ouzbékistan. Un aperçu des nouvelles lois désormais en vigueur dans ces pays est disponible sur le site de la BERD : <http://www.ebrd.com/new/index.htm>. Pour plus d'information, voir le site internet de la BERD : www.ebrd.com:law. L'influence de la BERD a été particulièrement marquée dans le domaine du droit des sûretés par la publication de la Loi modèle sur les sûretés mobilières, voir www.ebrd.com/st.

¹⁰³⁴ V. dans ce sens : V. A. LO BA, « Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai « DOLLY » juridique », Lettre d'information ohada.com du 31/08/2011 ; Protais AYANGMA AMANG, président du mouvement patronal-Entreprises du Cameroun(ECAM), « Les attentes des investisseurs face aux risques juridiques et judiciaires dans l'espace de l'OHADA : témoignage et expérience de terrain », Colloque droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, coll. Bibliothèque de l'IRJS, t. 48, 2013, p. 20, note 12, qui à l'occasion de son intervention sur Les attentes des investisseurs face aux risques juridiques et judiciaires dans l'espace de l'OHADA, dénonce l'impossibilité pour les Pme dans l'espace OHADA de bénéficier aisément de crédit bancaire malgré les garanties qu'elles proposent; v. dans ce sens J. LEFILLEUR, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? », Rev. Afrique contemporaine, 2008/3, n°227, qui affirme que « Malgré le poids des PME dans les économies de la zone OHADA et en dépit de leur rôle moteur en termes de développement économique, les PME ont un accès limités au marché des financements. D'une part le taux de pénétration bancaire dans les pays membres de l'OHADA est très faible d'autre part ce sont principalement les grandes entreprises qui bénéficient de la majorité des financements ».

¹⁰³⁵ M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*

860. Un amendement du droit des sûretés réelles doit donc être axé prioritairement autour du développement du crédit. À ce sujet, les principes fondamentaux développés par la BERD¹⁰³⁶ et la CNUDCI¹⁰³⁷ sont très instructifs sur les aspects clés du droit en la matière.

Le coût du crédit garanti dépend en partie du coût associé à l'obtention de sûretés réelles mobilières. Un régime efficace sur les opérations garanties établira des procédures simplifiées d'obtention des sûretés. On réduira considérablement le coût des opérations par les moyens suivants: limitation des formalités au minimum; recours à une méthode unique pour constituer des sûretés réelles mobilières, plutôt qu'à des mécanismes de sûreté multiples pour différents types de biens grevés; et mise en place d'un mécanisme permettant de constituer des sûretés réelles mobilières sur des biens futurs et de garantir des crédits futurs, sans que les parties aient à établir des documents ou à accomplir des actes supplémentaires.

861. Le guide législatif de la CNUDCI se propose d'offrir aux législateurs nationaux un régime efficace des sûretés mobilières qui se décline en huit (08) points :

1. promouvra un crédit à un coût plus réduit ;
2. permettra aux emprunteurs d'optimiser la valeur de leurs actifs en permettant les sûretés sur tout type de biens, y compris futurs, pour tout type de dette, y compris conditionnelle ou future, et à l'usage de toute partie à toute opération pouvant être qualifiée de crédit au sens le plus large ;

¹⁰³⁶ V. le site de la BERD : www.ebrd.com/st . Les dix principes sont :

Réduction du risque associé au crédit : une sûreté doit réduire le risque associé au crédit, et de ce fait permettre une augmentation des offres de crédit à des conditions plus favorables.

Constitution simple et sans dépossession : la loi doit permettre la constitution rapide, simple et peu onéreuse d'une sûreté sans priver le débiteur de l'usage des biens grevés.

Recouvrement de la créance sur les biens donnés en garantie : en cas de non-paiement de la dette garantie, le détenteur de la sûreté doit être en droit de réaliser les biens donnés en garantie et d'affecter le produit de la vente au recouvrement de sa créance en priorité par rapport aux autres créanciers.

Exécution rapide à la valeur du marché : les procédures d'exécution de la sûreté doivent permettre une réalisation rapide des biens grevés à la valeur du marché.

Efficacité en cas d'insolvabilité : la sûreté doit rester efficace et susceptible d'exécution en cas de faillite ou d'insolvabilité du débiteur sur les biens duquel la sûreté a été constituée.

Faiblesse du coût : le coût de la constitution, du maintien et de l'exécution de la sûreté doit être faible.

Toutes catégories de biens/dettes/personnes : une sûreté doit pouvoir :

porter sur toutes catégories de biens ; garantir toutes catégories de dettes ; et être constituée entre toutes catégories de personnes

Publicité : il doit exister un système efficace de publicité des sûretés.

Priorité : la loi doit établir les règles de priorité applicables aux droits, concurrents sur les biens grevés par la sûreté des détenteurs de la sûreté et des tiers.

Autonomie de la volonté : les parties doivent autant que possible être laissées libres d'adapter la sûreté aux besoins particuliers de leur transaction.

¹⁰³⁷ Rapport du Secrétaire général, A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add. 1, disponible sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_6/wp-11add1-f.pdf .

3. simplifier les procédures d'obtention des sûretés, en supprimant les formalités de constitution inutiles et, surtout, en offrant une sûreté globale plutôt que des dispositifs multiples qui diffèrent selon le type de bien grevé, sûreté qui porterait sur des biens futurs pour des crédits futurs sans que besoin soit de renouveler les formalités de constitution à l'entrée de tout nouveau bien dans le patrimoine du constituant ou la naissance du crédit ;
4. reconnaitra l'autonomie des parties dans l'adaptation de la sûreté aux besoins spécifiques de leur opération en réduisant au minimum les lois impératives ;
5. validera un régime unitaire de sûreté mobilière sans dépossession susceptible d'être prise sur tout type d'actifs et un mécanisme pour informer le public de son existence ;
6. promouvra la prévisibilité et la transparence pour permettre aux parties de réaliser l'effet des règles édictées, tout en tenant compte des préoccupations légitimes de confidentialité des opérations de crédit ;
7. établira des règles de priorité claires et prévisibles, y compris en matière de procédures collectives, sans lesquelles aucun régime de sûretés n'aura de valeur. La règle de priorité choisie par le Guide repose sur la date de publication de la sûreté, que ce soit par dépossession, par enregistrement sur un registre public d'un avis de sûreté ou par contrôle de comptes ou d'actifs financiers ;
8. et facilitera la réalisation des sûretés de manière prévisible et efficace, sous réserve de contrôle judiciaire.

En effet, à travers ces principes, est réaffirmée la nécessité de conférer au droit des sûretés réelles sa pleine efficacité en permettant constitution rapide, simple, peu onéreuse et surtout sans dépossession des sûretés.

862. L'effet domino que doit susciter la mise en place d'un système de sûretés construit autour de ces principes se résume dans les principes numéro 1, 3 et 6 de la loi-modèle proposée par la BERD.

En effet, la réduction¹⁰³⁸ du risque associé au crédit va susciter une réduction des coûts de constitution et donc engendrer une augmentation des offres de crédit.

¹⁰³⁸ V. G.AFFAKI, *op. cit.*, p. 10 et s., qui démontre brillamment que l'institution des sûretés efficace et forte agit corollairement sur le coût du crédit. Une sûreté faible contraint la banque à consommer, pour un même crédit, un capital économique plus important qu'une sûreté forte.

À la lumière de ces principes, nous pouvons affirmer que le droit OHADA des sûretés réelles actuel est loin de remplir plus de la moitié de ces dix principes.

863. Même si de nombreux progrès ont été réalisés, il demeure toujours des problèmes qui plombent l'efficacité entière de ce droit. Ainsi a subsisté à la réforme la dépossession tant décriée en matière de gage, la diversité régnante aussi bien dans les conditions de formes que de réalisation en matière de sûretés mobilières et pour couronner le tout un registre de crédit mobilier pas tout à fait modernisé.

Nous pensons donc que l'uniformisation et unification dans une approche fonctionnelle¹⁰³⁹ des sûretés réelles pourraient insuffler au droit des sûretés réelles OHADA plus d'efficacité.

L'adoption d'un régime de sûreté mobilière rationalisé et modernisé va présenter un avantage économique particulièrement important. En effet, un système uniforme et fonctionnel aurait pour effet immédiat de susciter le développement du crédit acheteur et une baisse du crédit fournisseur.

Cet avis est partagé par RIFFARD qui soutient que : *« le crédit-acheteur, c'est-à-dire un financement, généralement à court terme, consenti par une banque à une entreprise pour lui permettre de régler comptant ses fournisseurs, semble bénéficier de la faveur tant des juristes que des économistes. Il est, en effet, plus naturel de voir les banques jouer le rôle de dispensateur de crédit – c'est là leur métier - que les entreprises. De plus, le crédit-acheteur permettrait de dégager davantage de liquidités pour les entreprises. Les fournisseurs étant payés comptant peuvent alors investir de nouveau et injecter les sommes encaissées sans délai dans le circuit économique ».*

Toutefois, il reconnaît que *« l'essor du crédit-acheteur reste subordonné à la volonté des banques d'avancer les fonds nécessaires au paiement comptant des fournisseurs ».* Or, elles ne consentiront ces crédits que dans la mesure où l'entreprise pourra leur offrir des garanties simples, souples, sérieuses et efficaces¹⁰⁴⁰. L'intérêt et la nécessité pour le droit OHADA de se doter rapidement d'un système uniforme et fonctionnel, inspiré de celui instauré par le Livre IX de l'UCC ou le droit québécois apparaissent alors.

¹⁰³⁹ V. dans ce sens A. CARRASCO, « Les perspectives d'harmonisation du droit Européen des sûretés », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, coll. *Droit et procédures*, 2006, n°105.

¹⁰⁴⁰ V. dans ce sens E. ANCEL, *op. cit.*, p. 1 : « L'objectif principal du guide de la CNUDCI sur les opérations garanties est de faciliter la constitution, l'opposabilité et la réalisation des sûretés mobilières. Fondamentalement, ce guide repose sur l'idée qu'un droit des sûretés plus souple et plus efficace permettra aux entreprises d'obtenir des crédits à des coûts plus avantageux, ce qui devrait contribuer à stimuler l'activité économique ».

864. À l'instar de J.-F. RIFFARD, qui vante les divers avantages juridiques et surtout économiques d'une approche fonctionnelle du droit français en matière des sûretés mobilières suivant le modèle américain ; nous pensons que le droit OHADA des sûretés réelles unifié¹⁰⁴¹ serait gage d'une facilitation de l'accès et du développement du crédit. Car, « Une des conséquences directes de la simplification découlant de l'uniformisation va être en effet, la réduction des coûts du crédit pour les parties. L'analyse économique nous a permis de démontrer que les sûretés, en réduisant les risques de perte pour le créancier, permettaient un abaissement de ces coûts. Cette réduction est directement fonction de la confiance du créancier en la valeur de sa sûreté. L'uniformisation va permettre d'accroître cette confiance. Grâce à elle, il va pouvoir être à peu près certain de la valeur de sa sûreté, puisqu'il a la garantie que cette dernière ne pourra ni être concurrencée postérieurement par des sûretés occultes de rang supérieur, ni même anéantie par la disposition du bien [...] soumis à un régime uniforme et impératif, les créanciers nantis ne pourront plus imposer des conditions de réalisation inéquitables qui ne manquent pas généralement de léser les intérêts des autres créanciers, et aboutissent généralement à un gaspillage du crédit»¹⁰⁴² .

865. À la fin des années 1970, l'on a observé l'apparition d'un débat parmi les juristes américains identifiés au courant dit de l'« analyse économique du droit », remettant en cause l'utilité même d'un régime de sûretés au plan économique. En effet, certains ont soutenu que rien ne permettait de conclure qu'un régime de sûretés simple et efficace soit la clef d'un accès au crédit à de faibles coûts, en ce que l'octroi de sûretés ne serait pas une solution économiquement « efficiente »¹⁰⁴³. Cette approche théorique ne tiendrait pas compte, de l'avis de plusieurs, de la réalité pratique et ne constituerait donc pas une explication satisfaisante et concluante au phénomène¹⁰⁴⁴.

D'autres, au contraire, ont tenté de démontrer la nécessité de la constitution d'un tel régime par le législateur. Au soutien de leur position ils avancent la nécessité des sûretés dans la facilitation de l'accès au crédit à de faibles coûts. Ils concluent que les acteurs du crédit, les

¹⁰⁴¹ V. dans ce sens A. CARRASCO, *op. cit.*, n°108 : «Il est de la plus haute importance de substituer à la diversité actuelles des types de sûretés réelles un genre unique de sûreté, délimité par la fonction de garantie. La pluralité des sûretés crée en effet des dangers pour les flux juridiques et commerciaux, augmente les frais de négociation, alimente les incertitudes quant au droit applicable et incite les parties à mettre au point des stratégies... ».

¹⁰⁴² V. J.-F., RIFFARD, *op. cit.*, n°595

¹⁰⁴³ V. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op. cit.*, n° 121, p. 93 et s.

¹⁰⁴⁴ V. J.-F., RIFFARD, *op. cit.*, n° 17 ; F. DERRIDA, « Le crédit et le droit des procédures collectives », Études R. RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 67 et s., n° 1 : « Le crédit, âme du commerce, commande donc le respect des sûretés ».

institutions financières et les emprunteurs, finiraient bien par établir eux-mêmes des mécanismes de priorités qui assureraient aux fournisseurs de crédits de meilleures chances de paiement si le législateur ne le faisait pas. En somme, pour éviter d'être distancé par le monde des affaires, le législateur se doit de prendre en compte les évolutions de la pratique en matière de garanties.

866. Il est toutefois admis de plus en plus qu'une adéquation existe entre le succès de l'implantation d'outils visant l'harmonisation du droit commercial international et leur désirabilité économique. Pour ce faire, une meilleure collaboration est suggérée entre économistes, juristes, hommes politiques et autres experts intéressés par la réforme du droit. Quoi qu'il en soit, les principales institutions financières de cette économie mondialisée, étudées à l'appui, sont d'avis que l'édification d'un régime de sûreté est l'un des premiers jalons qui permettra à un pays, à ses entreprises et citoyens, d'abord de créer une économie interne viable, génératrice de richesse, ensuite de concurrencer les autres pays à armes plus égales sur les marchés mondiaux, l'accès au crédit étant la clef de voûte d'une économie donnée¹⁰⁴⁵. Ces institutions financières internationales, pour en arriver à ces conclusions, se fondent notamment sur l'expérience des économies libérales en la matière, jouissant toutes, à des degrés divers, mais comparables, de régimes de sûretés bien établis auxquels les institutions financières locales se fient dans l'octroi de leurs prêts.

867. Un système juridique favorable aux opérations garanties est essentiel si l'on veut atténuer le sentiment de risque que suscitent les opérations et promouvoir l'offre de crédit garanti de façon générale. Il est plus facile pour les entreprises d'obtenir des crédits garantis dans les États qui ont des lois efficaces et effectives produisant des résultats cohérents et prévisibles pour les créanciers garantis en cas de défaillance des débiteurs. D'un autre côté, dans les États où l'absence de telles lois donne aux créanciers l'impression que les opérations de crédit supposent des risques élevés, le coût du crédit tend en règle générale à augmenter, car ces créanciers exigent une rémunération accrue pour évaluer et assumer ce surcroît de risque. Dans certains États, l'absence de régime efficace et effectif en matière d'opérations garanties ou d'insolvabilité, dans lequel les sûretés réelles mobilières sont reconnues, a abouti à la quasi-disparition du crédit aux petites et moyennes entreprises commerciales ainsi qu'aux consommateurs¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ V. J.-F., RIFFARD, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁴⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/security.html

§. 2 : La conformité aux standards internationaux

868. La modernisation du droit des sûretés au plan international s'est imposée depuis longtemps au regard de leur rôle déterminant pour le commerce international¹⁰⁴⁷.

Portée par la libéralisation des marchés et la mondialisation de l'économie l'engouement pour la modernisation ou l'instauration de régimes de sûretés, a fortiori mobilières, s'est développé dans bon nombre de pays.

869. De la nécessité d'adopter des règles simples, efficaces et uniformisées Des observateurs issus des principales traditions juridiques occidentales s'accordent pour identifier les qualités dont doit faire preuve un régime de sûretés réformé. Simplicité des modalités de constitution et efficacité de la sûreté, uniformité intrinsèque du système et nombre limité de sûretés (ou règle ayant un tel effet), exécution rapide et non coûteuse, système de recours uniformisé, système de publicité uniforme, règles de priorité simples et claires permettant au créancier de savoir exactement quelle est sa position dans l'ordre de collocation sur les biens du débiteur par rapport aux autres créanciers et de connaître l'endettement réel du débiteur ; tels sont les principaux critères qui doivent inspirer le législateur¹⁰⁴⁸. On indique également que la sûreté idéale devrait être en mesure d'évoluer en même temps que la créance du débiteur et ne représenter qu'une atteinte parcimonieuse au crédit du constituant¹⁰⁴⁹. En corollaire, la sûreté devrait pouvoir grever tout type de biens, être consentie par toute espèce de constituant en faveur de tout type de créancier, afin de garantir tout type d'obligation licite, présente ou future, déterminée ou déterminable.

Les recommandations faites par le CNUDCI viennent corroborer ces observations et indiquent le cadre général dans lequel les États peuvent établir un régime moderne et efficace sur les opérations garanties. L'élaboration de ce régime doit viser les douze objectifs suivants qui portent chacun sur une nécessité pratique ou économique particulière qu'un régime moderne sur les opérations garanties se doit de prendre en compte :

a) Promouvoir le crédit bon marché en augmentant l'offre de crédit garanti ; b) Permettre aux débiteurs d'utiliser la valeur intrinsèque totale de leurs biens à titre de garantie pour obtenir des crédits ; c) Permettre aux parties d'obtenir des sûretés réelles mobilières de

¹⁰⁴⁷ V. J.-F. RIFFARD, *op.cit.*, n°512

¹⁰⁴⁸ V. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS, *Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, t. 9, 7^e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 15.

¹⁰⁴⁹ M.CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n°7, p. 8.

manière simple et efficace; d) Assurer l'égalité de traitement des diverses sources de crédit et des diverses formes d'opérations garanties ; e) Valider les sûretés réelles mobilières sans dépossession sur tous les types de biens ; f) Renforcer la sécurité et la transparence en prévoyant l'inscription d'un degré de certitude suffisant ; g) Établir des règles de priorité claires et prévisibles ; h) Aider les créanciers garantis à exercer leurs droits efficacement ; i) Laisser aux parties le maximum de latitude pour négocier les conditions de leur convention constitutive de sûreté ; j) Concilier les intérêts des personnes concernées par une opération garantie ; k) Harmoniser les lois sur les opérations garanties, y compris les règles de conflit de lois.

870. L'uniformisation du droit OHADA des sûretés que nous préconisons s'inscrit dans le mouvement actuel en matière de garanties. Afin de ne pas manquer le train de la modernisation qui avance vers une harmonisation plus ou moins certaine des règles en matière de sûretés, il convient maintenant de nous mettre au niveau de ce qui se développe déjà au plan international.

Le but n'est pas prioritairement de transposer tout ce qui se conçoit comme garantie au niveau international. Il s'agit surtout de prévoir, en s'appropriant dès maintenant ce qui constitue l'avenir du droit des sûretés.

En effet, notre droit des sûretés à l'instar de tous les systèmes juridiques à travers le monde est lui aussi imprégné par les considérations économiques qui poussent aujourd'hui tout législateur à une perpétuelle remise en cause de son système juridique. Dans un sentiment de résignation face à l'impossibilité de résister à la pénétration du droit par l'économie, le doyen Laurent AYNÈS affirme ceci dans son rapport de synthèse au colloque « *le droit des sûretés à l'épreuve des réformes* » : « Nous savons que bien que nous préparons pour les générations à venir des lendemains qui ne chantent pas[...] les forces économiques nous dominent, plus que nous ne les dominons[...], il est vain d'opposer la moindre résistance¹⁰⁵⁰ ». Au-delà de l'émotion, cette observation du professeur AYNÈS vient confirmer l'impérieuse nécessité d'adapter voire de réformer continuellement notre droit des sûretés si on veut atteindre l'objectif de développement du crédit.

¹⁰⁵⁰ L. AYNÈS, rapport de synthèse, du colloque « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, coll. Droit et procédures, 2006, n° 204, p. 129 et s.

871. La modernisation de notre droit des sûretés nécessite que des choix juridique et surtout politique soient effectués. Ces choix ne doivent toutefois pas être teintés d'hésitations au risque d'avoir encore à procéder une réforme dans un avenir proche.

L'inquiétude en ce qui concerne la voie ou la méthode idoine ne se pose véritablement pas. La question est celle de savoir si le législateur OHADA osera effectuer ce grand « *plongeon* ».

On pourrait le rassurer en disant que ce ne sera pas un saut dans l'inconnu. Les exemples existants et des modèles éprouvés pourront nous permettre d'orienter efficacement notre choix.

Aussi bien au plan interne qu'au plan international sont élaborés des guides et des lois-modèles qui encouragent les États à une modernisation raisonnée et rationnelle de leur droit des sûretés réelles. Il nous reste donc à choisir le modèle qui nous sied ou concocter notre propre (comme il l'a toujours été) modèle en nous inspirant de ce qui nous est donné de voir.

Même si nous avons une préférence particulière pour le modèle québécois qui se rapproche plus de notre tradition civiliste, il n'en demeure pas moins que le système américain proposé par le livre IX de l'UCC présente des avantages non négligeables. À côté de ces modèles pionniers en la matière l'apport de la loi modèle de la BERD et du guide législatif de la CNUDCI (loi type en préparation) recèle aussi de propositions pointues dans l'élaboration d'un système moderne et efficace.

872. Un aspect important qui doit cependant conditionner la construction de ce droit des sûretés OHADA nouveau, c'est l'aspect sociologie économique et politique particulier de nos États.

En effet, comme le disent bon nombre d'auteurs pour paraphraser « *si la modernisation et l'évolution sont souhaitables, elle ne doit pas se faire au détriment de ceux à qui cela est destiné* ».

Autrement dit, la modernisation de notre droit des sûretés réelles doit pouvoir éviter les erreurs passées en évitant d'élaborer un droit essentiellement tourné vers l'extérieur. Certes, il faut être en harmonie avec ce qui se passe au plan international, mais cela ne doit pas se faire en toute ignorance des réalités africaines. Si aujourd'hui certaines sûretés réelles ne connaissent pas une bonne fortune ou sont délaissées s'est en partie parce qu'elles se révèlent inadaptées à l'économie locale. En guise d'illustration, la grande préférence des banquiers qui voient en l'hypothèque un gage de sécurité pour leur créance. En dépit des nombreuses tracasseries qu'elles encourrent, les banques préfèrent une garantie hypothécaire parce que dans la plupart de nos États l'identification géographique est quasi inexistante. Or, avec

l'immeuble, elles sont presque certaines qu'en cas de défaillance le débiteur ne pourra pas se soustraire discrètement avec le bien qui est resté en sa possession.

Dans cette situation, comment pourrait prospérer un gage constitué sur véhicule automobile ou sur un stock ?

Malgré la publicité qui pourrait être faite de la sûreté, rien ne garantit que le pourvoyeur de crédit ne soit pas victime d'une disparition mystérieuse et subite de son débiteur à l'échéance. Face à ces risques, il est inévitable que le coût du crédit soit prohibitif. Le créancier ne se sentant pas en sécurité avec les sûretés réelles existantes.

À cela, il convient d'ajouter le caractère rigide de notre droit des sûretés qui n'ayant pas adopté une approche fonctionnelle établit un *numerus clausus*¹⁰⁵¹ strict qui empêche toute flexibilité.

873. Dans une approche moderne fonctionnelle, une plus grande liberté pourrait être donnée aux acteurs du crédit.

La modernisation de notre droit des sûretés réelles impose donc des efforts considérables dans une totale informatisation de la publicité. Un aspect important dans le renchérissement du coût du crédit réside dans l'inaccessibilité aux informations sur le crédit.

Des efforts dans le sens d'une amélioration de la publicité ont été engagés lors de la réforme de 2010 par la préconisation de l'informatisation du registre d'inscription des sûretés. Si l'intention est louable, la réalité reste inquiétante en raison de l'impossibilité pour la majorité des populations d'avoir accès à l'outil informatique encore moins à une connexion internet. D'un État à un autre, les réalités et les situations divergent, ce qui rend plus complexe cette uniformisation informatique du registre du commerce. L'aboutissement de ce chantier, qui ne se fera pas de sitôt, propulsera véritablement notre droit des sûretés réelles dans cette nouvelle ère qu'elle veut embrasser.

Pour ce qui est réalisable dans l'immédiat, il convient d'emprunter une orientation nouvelle qui en notre sens ne saurait être véritablement contraignante vu que les fondamentaux existent déjà.

¹⁰⁵¹ V. art. 4 AUS ; V. J. ISSA-SAYEGH, « La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA », Disponible sur : www.ohada.com, Ohadata D-05-06. Il reconnaît à la fin de son analyse de la liberté contractuelle dans le choix et l'aménagement des sûretés en droit OHADA que cette liberté est strictement encadrée. Il nous est donc loisible d'affirmer que la liberté est prônée sans être véritablement encouragée dans le droit OHADA des sûretés réelles.

874. Le législateur africain, sans le vouloir peut-être, par hésitation ou prudence, ne s'est pas prononcé pour une approche fonctionnelle explicite. La question se pose alors de savoir si la réforme de 2010 est une étape vers une refonte plus complète, ou s'il a fait pour l'heure le maximum de ce que l'on pouvait attendre ?

En notre sens, une réponse positive mérite d'être donnée à la première partie de cette question. En effet, des approches sont faites, qui augurent de l'adoption possible et probable dans les années à venir d'une approche fonctionnelle de notre droit des sûretés réelles. La « *dénaturation* » du gage est là pour témoigner de cette avancée. La dépossession qui caractérisait le gage et qui a poussé à la création de gages spéciaux ou nantissements (c'est selon) a été en partie abandonnée faisant du gage une sûreté sans dépossession obligatoire du constituant.

Cette modernisation du gage qui devient plus adapté aux exigences économiques aurait pu être le terreau pour planter « *la sûreté unique* » en matière de sûreté réelle. Malheureusement le législateur a préféré s'arrêter là « *pour le moment* » suscitant en l'esprit de tous les juristes (notamment pour les adeptes d'une approche fonctionnelle), un sentiment ou un goût d'inachevé.

875. L'internationalisation des marchés n'est pas qu'une vue de l'esprit. De plus en plus, les entreprises se mondialisent. Elles ont des places d'affaires dans plus d'un pays et même sur plusieurs continents. Leurs biens se trouvent donc dans plusieurs juridictions, ainsi que leurs créanciers et leurs débiteurs. L'impact de ces situations se fait sentir tant dans un contexte de financement transfrontalier, relativement à la prise de sûretés, que dans le cadre de procédures d'insolvabilité, tant locales qu'internationales.

La reconnaissance de sûretés étrangères, leur rang et la possibilité pour le créancier d'exercer ses droits sont autant de facettes qui en dépendront¹⁰⁵².

Afin de conclure au sujet de la nécessité d'arrimer les régimes de sûretés et ceux d'insolvabilité, il est utile de résumer les principes qui se dégagent des textes internationaux, considérant que ces efforts sont en voie de devenir des sources du droit des sûretés pour tout législateur.

Ainsi, « *la sûreté doit demeurer valide en situation d'insolvabilité du débiteur* ».

Les règles permettant d'invalider une sûreté consentie lors d'une période suspecte avant la faillite du débiteur doivent être identiques, que l'on soit en situation d'insolvabilité ou non.

¹⁰⁵² Guide législatif sur les opérations garanties, « Chapitre XII. Incidence de l'insolvabilité sur une sûreté mobilière », p. 4-5, 20 ; Guide législatif sur l'insolvabilité, supra note 43, p. 75-82.

Le créancier garanti doit être en mesure de réaliser sa sûreté en tout temps, qu'une procédure collective ait été instituée ou non, bien que certaines limites à ses droits soient permises lorsque le redressement de l'entreprise est possible ; dans le cas contraire, l'administrateur de l'insolvabilité est tenu de rapidement évaluer les biens grevés, de les liquider et de remettre le produit de disposition au créancier garanti.

Par ailleurs, les règles de priorités doivent être limitées et celles qui déclassent les sûretés conventionnelles peu nombreuses et clairement circonscrites ; elles doivent demeurer identiques, que l'on soit en situation d'insolvabilité ou non. Toute dérogation à ce principe doit prévoir une façon de sauvegarder la valeur des intérêts des créanciers garantis, titulaires de sûretés conventionnelles. Essentiellement, il faut trouver des moyens de protéger les intérêts des créanciers autres que conventionnels différents de l'octroi de privilèges ou autres formes de sûretés légales¹⁰⁵³.

Enfin, le financement postérieur à l'ouverture de la procédure doit être possible, mais sujet à une sauvegarde appropriée des droits et intérêts des créanciers garantis antérieurs.

Le critère de la protection suffisante (*adequate protection*) est celui proposé ; il peut évidemment prendre plusieurs formes, l'essentiel étant de maintenir le *statu quo* pour les créanciers garantis et de prévenir l'érosion de la valeur de leurs sûretés. Cette protection doit aussi être accordée lorsque l'exercice des droits des créanciers garantis est suspendu.

Ces principes devront être respectés, sinon un régime de sûretés ne produira pas ses effets. Réformer le droit des sûretés sera de peu d'utilité si des réformes équivalentes ne sont pas mises en place en matière de droit de l'insolvabilité et qu'aucune mesure n'est prise pour s'assurer de la complémentarité des deux régimes. Cette complémentarité sera aussi nécessaire dans un contexte international ou transfrontalier.

876. L'aspect pratique et l'aspect économique sont indissociables et incontournables dans la recherche aujourd'hui de l'efficacité de la matière juridique et spécialement des sûretés.

¹⁰⁵³ BANQUE MONDIALE, Principes et directives régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, Avril 2001, en ligne : http://www.worldbank.org/ifa/ipg_fre.pdf [les « Principes de la Banque Mondiale - 2001 »]. Ces principes ont fait l'objet d'une révision en 2005, toujours sous forme de projet à l'heure actuelle. Voir : BANQUE MONDIALE, Principes régissant le traitement de l'insolvabilité et la protection des droits des créanciers, projet en date du 21 décembre 2005, en ligne: http://www.worldbank.org/ifa/IPG_Revised_Principles_French.pdf [les « Principes de la Banque Mondiale - 2005 »].

À travers l'uniformisation souhaitée des sûretés réelles seront obtenues la simplicité et l'accessibilité tant recherchée en matière de sûretés réelles.

Mais le plus important apport de cette uniformisation se retrouve dans la suppression des formalités contraignantes qui n'ont pour seule conséquence que d'empêcher le facile accès au crédit à toutes les couches de la population sans distinction. En outre, par effet domino la levée de ces contraintes formelles agira sur la réduction substantielle du coût du crédit octroyé.

À travers son uniformisation, le droit des sûretés réelles OHADA se hisserait au niveau des standards internationaux actuels et aura un train d'avance sur les autres systèmes qui rechignent à abonder dans le même sens.

CONCLUSION DU CHAPITRE

877. L'évolution au plan international des lois en matière de droit des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier, témoigne de la vitalité et de l'actualité de cette matière.

Ne pouvant rester en marge de ces avancées, il importe que le droit OHADA des sûretés réelles s'inscrive dans cette quête de perfection juridique, d'efficacité à travers une uniformisation systémique.

Les avantages de l'adoption d'un système uniformisé et unifié se trouvent aussi bien dans la lisibilité et la cohérence du droit des sûretés réelles actuel caractérisé par une diversité qui ne se justifie que dans l'obtention d'un traitement égalitaire de toutes les sûretés réelles.

Par ailleurs, et d'un point de vue plus pragmatique pourrait être résolue, l'obtention difficile et à coût prohibitif de crédit auquel est confrontée la plupart des personnes (professionnels et particuliers).

La migration de notre droit des sûretés réelles vers une plus grande efficacité suppose que soient respectées certaines conditions que nous pourrions qualifier d'essentielles voire d'indispensables.

CONCLUSION DU TITRE

L'accroissement de l'efficacité de notre droit des sûretés réelles passe par un alignement sur l'orientation actuelle en la matière. Cette tendance qui est celle d'une réunion ou d'une uniformisation à travers une approche fonctionnelle plutôt que notionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier, témoigne de beaucoup d'intérêts. En effet, elle infuse une cohérence, une accessibilité et une suppression des inégalités entre sûretés réelles identiques qui se matérialisent par un accroissement de l'accès au crédit à coût largement moins prohibitif. Un droit moderne et efficace à travers une uniformisation du système des sûretés réelles autour d'un concept unique voilà l'esquisse du droit des sûretés réelles OHADA futur.

TITRE 2 : La conceptualisation du droit des sûretés réelles

OHADA Uniformisé de lege feranda

878. Les objectifs généralement poursuivis par toute réforme de quelques domaines du droit consistent à faire œuvre de « *modernisation* » et de « *rationalisation* », afin de répondre, dans le cas précis des sûretés réelles aux exigences de simplicité et surtout d'efficacité.

Un auteur à propos du projet de réforme du droit des sûretés réelles québécois parlait de « *droit futur emballant* ». Ce projet, préparé par le comité des sûretés de l'office de révision du Code civil (O.R.C.C.) était directement inspiré du *Security Interest* américain. Très tôt, en effet, les juristes québécois, pourtant si attachés à leurs traditions civilistes, avaient manifesté leur volonté d'adopter un tel système.

879. Ce fut chose faite, en partie, par l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1994, du nouveau Code civil et de son titre VI traitant des « *hypothèques* ».

Cette réforme sera à l'évidence riche d'enseignements pour les juristes OHADA en ce sens qu'elle est de nature à démontrer que le système américain, du moins dans l'esprit, peut être accueilli au sein d'un ordre juridique civiliste.

C'est bien un renversement complet dans l'approche du droit des sûretés qu'a opéré le Livre IX U.C.C. Ses rédacteurs ont en effet été animés par deux objectifs principaux : libéralisation et rationalisation. C'est cette double approche qui doit, selon nous, constituer la base du droit des sûretés réelles OHADA.

880. Observons que si, de façon générale, il y a convergence de vues quant aux objectifs poursuivis, il demeure cependant une certaine tension quant au choix de la méthode pour y parvenir (chapitre 1). En outre, l'enjeu fondamental consiste à concilier le principe de l'autonomie de la volonté à l'idéal d'un régime de sûretés réelles qui soit moderne, unique et uniforme, en ce qui a trait aux modalités de constitution, de publicité et de réalisation.

881. Afin de rationaliser l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles existantes, il doit, à notre sens, s'opérer une uniformisation mesurée qui se traduira par une intégration non pas « *verticale* » de toutes les sûretés réelles conventionnelles au sein d'un régime unique

et uniforme, mais plutôt une uniformisation qui tiendra relativement compte des différences de nature au sein de ces sûretés réelles notamment mobilières.

Mais, réformer en uniformisant l'ensemble du droit des sûretés réelles OHADA est une tâche délicate. Cela ne doit cependant pas pousser le législateur à choisir, par facilité, de limiter son action à moderniser et améliorer les diverses institutions existantes sans envisager pour autant le problème de façon globale (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le rejet de l'approche fonctionnelle absolue

882. L'approche absolue de l'uniformisation est celle par le livre 9 de l'UCC (Uniform *commercial code*) des États unis instituant le *Security Interest*. L'un de ses objectifs depuis sa dernière révision en 1992, était de rationaliser et d'uniformiser le droit des sûretés mobilières. Pour ce faire, il a été choisi de les réunir toutes, quelles que soient leurs différences, sous le concept unique : le *Security Interest*. Peu importe donc la nature corporelle ou incorporelle du bien concerné et la technique utilisée. Toutes les garanties se voient placées sous un même toit. Au concept unique de *Security Interest* est attaché un régime juridiquement homogène, qu'il s'agisse de la création de la sûreté (*attachment*), de son opposabilité aux tiers (*perfection*) ou de sa réalisation (*enforcement*).

883. L'approche fonctionnelle des sûretés réelles en droit OHADA que nous envisageons ne saurait être une simple transposition ou transcription des modèles existants en la matière. Il ne s'agira pas d'adopter une approche fonctionnelle radicale qui suppose d'éliminer purement et simplement les différents instruments de garantie, tel que les sûretés à proprement parler, le gage, les nantissements, l'hypothèque, etc., et de leur substituer un seul instrument.

884. Proposer l'« importation » d'un système juridique de *Common Law*, en droit OHADA, peut paraître quelque peu iconoclaste. Bien des auteurs imprégnés de droit romano civiliste, ne manqueront pas de « crier à la trahison »¹⁰⁵⁴. Cet argument a été soulevé par les adversaires à l'adoption d'une approche alignée sur celle du modèle américain lors de la réforme du droit des sûretés québécois. En effet, ces derniers ont fait valoir que le système instauré par ce texte ne serait pas aussi efficace et parfait qu'il y paraît et que son importation serait, en tout état de cause, politiquement impossible. Cette réaction de défense face à ce que certains nomment « *l'impérialisme* » américain témoigne de la volonté affichée de chaque système juridique de valoriser ses institutions nationales et de préserver leur identité nationale. Mais en sommes-nous à ce niveau en droit OHADA ? Sommes-nous toujours liés à notre héritage juridique romano-civiliste ? Si oui, ne devons-nous pas songer à une ouverture ou rapprochement au système anglo-saxon au regard de la vision panafricaine qui irrigue les fondements de ce droit ?

¹⁰⁵⁴V. dans ce sens J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 437.

885. Cette approche fonctionnelle américaine des sûretés réelles mobilières malgré « *quelques réactions réfractaires* » a été la source d'inspirations de nombreuses réformes à travers le monde et bénéficie au sein de la doctrine du soutien de nombreux auteurs. Ainsi, des auteurs français et suisse ont pu préconiser de s'inspirer de ce modèle pour faire face à la crise du droit des sûretés réelles mobilières de leur pays respectif, comparable à celle connue par les États-Unis avant son adoption. La démarche consistant, comme le fait le livre 9 de l'UCC, à réunir un ensemble de garanties sous un concept unique pourrait être étendue à toutes les sûretés réelles, voire personnelles.

886. Cependant, si l'approche fonctionnelle adoptée par les Américains peut guider une évolution du droit des sûretés réelles OHADA, une exportation complète du modèle a essuyé de vives critiques (section 1) en droit français, sous prétexte de son inopportunité dans le contexte actuel. En outre, une approche unitaire totale peut conduire à la négation de différences de régimes nécessaires en raison d'une différence de nature d'où les contre-propositions (Section2) formulées pour empêcher cette transcription du modèle de l'UCC américain.

La proximité voire la filiation du droit OHADA au droit français nous oblige donc à fonder notre analyse sur l'étude de ces critiques et les alternatives proposées.

Section 1 : La critique de l'importation complète du modèle américain

887. En l'absence de débats sur cette question en droit OHADA, nous fonderons notre analyse sur le débat qui oppose les « *pro et les antis* » *Security Interest* en droit français. Ce choix de la doctrine française s'explique par la très grande proximité du droit français des sûretés et droit OHADA des sûretés. Et cette analyse du droit français nous révèle qu'en plus d'être juridiquement ardue (§.1), l'importation de l'approche fonctionnelle suivant le modèle américain du *Security Interest*, s'avère difficilement concevable d'un point de vue politique (§.2).

§1. Une importation délicate au plan juridique

888. Si de nombreuses qualités sont reconnues au système américain de sûretés incarné par le *Security Interest*, il n'en demeure pas moins que ce système trouve encore de nombreux opposants. Et, au fondement de leur levée de boucliers contre le système de référence américain, l'argument de la tradition et de la culture juridique est avancé comme incontournable par ceux qui viendraient à prôner une importation directe ou une transcription du modèle américain à la place du système actuel de sûretés réelles mobilières.

C'est donc l'existence d'une variété de sûretés mobilières autrement dit de notions fédératrices en droit des sûretés réelles OHADA (A) couplée au respect obligatoire de la différence de nature (B) entre ces différentes sûretés mobilières qui sont présentées comme raisons suffisantes du rejet de ce qu'on pourrait qualifier de « *colonisation juridique Américaine* ».

A. L'existence de notions fédératrices en droit des sûretés réelles OHADA

889. À l'occasion de la réforme du droit français des sûretés confiée à la commission GRIMALDI en 2006, la question principale qui se posait était celle de savoir, « *s'il fallait calquer le droit des sûretés mobilières français sur le modèle américain de l'article 9 UCC ? c'est-à-dire faire le choix d'une sûreté mobilière unique, similaire au Security Interest, ou bien conserver le système traditionnel français caractérisé par une pluralité de sûretés* »¹⁰⁵⁵.

890. Diverses réponses sont apportées à cette interrogation. Parmi elles, celles de du professeur CROCQ qui justifient le choix de la commission GRIMALDI de maintenir la diversité au sein des sûretés réelles par différents arguments.

Tout en commençant par reconnaître au modèle américain ses qualités de simplicité¹⁰⁵⁶ et de rationalisation, il avance comme premier argument de son refus de le *calquer*, la différence du contexte juridique ou de la tradition. Pour lui ce serait « *commettre une erreur que de détacher des règles de droit de leur contexte juridique pour les transposer dans un*

¹⁰⁵⁵ V. P. CROCQ, *op. cit.*, p.17; rappr., O. GOUT, « Quel droit commun des sûretés réelles ? », RTD Civ. n°125, 2013, p. 255 et s.

¹⁰⁵⁶ *Idem.*

contexte différent »¹⁰⁵⁷. Le second argument tiendrait dans la différence¹⁰⁵⁸ au niveau des règles applicables aux créanciers en matière de procédures collectives en droit français et en droit américain. Et, « *adopter le modèle du Security Interest sans modifier le droit français des procédures collectives aurait donc conduit à une diminution trop importante des prérogatives des créanciers, notamment en les empêchant d’opposer à la procédure collective de leur débiteur les seules garanties qui demeurent encore pleinement efficaces aujourd’hui telles que les propriétés-sûretés ou le droit de rétention* »¹⁰⁵⁹.

891. En somme, suivant en cela le professeur CROCQ, aucune « révolution »¹⁰⁶⁰ du droit des sûretés réelles n’a véritablement eu lieu en 2006, dans le sens d’un rapprochement avec le modèle américain parce qu’il fallait assurer l’efficacité des propriétés-sûretés qui venaient ou allaient être expressément consacrées dans le Code civil.

Plutôt que de constituer une faiblesse ou un signe d’inefficacité, la multiplication et la diversité des sûretés réelles en droit français sont vues par certains auteurs¹⁰⁶¹ comme un signe de vitalité de l’héritage juridique français.

892. Pour d’autres, plus modéré, bien que cette multitude de sûretés réelles ne se justifie pas toujours, cela ne saurait suffire pour prôner leur suppression et l’adoption du *Security Interest*.

Ainsi, pour les partisans modérés de la conservation de la tradition juridique française, il est vrai qu’une amélioration doit s’opérer en matière de droit français des sûretés réelles pour parvenir à un regroupement, un recentrage autour de notions clés¹⁰⁶². En d’autres termes,

¹⁰⁵⁷ v. dans le même sens L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 219, p. 134, qui estime aussi que « ...la loi n’est pas séparable de l’histoire des peuples » ; égal., P. BOUBOU, « La réalisation de l’hypothèque dans le projet de réforme de l’acte uniforme sur les sûretés : priorité à la viabilité des garanties », exposé présenté le 28 Octobre 2010 à l’Université de DSCHANG à l’occasion des Journées Annuelles OHADA 2010, organisées par le GERDIIC sur le thème global « Droits Réels Immobiliers, Accès au Crédit et Promotion des Investissements dans les Pays de l’OHADA », consultable sur le site www.ohada.com, OHADATA D-10-54, p. 8, qui milite pour une prise en compte par le législateur OHADA des spécificités locales tels que cela est précisé dans le préambule du traité du 17 Octobre 1993 relatif à l’harmonisation du droit des affaires en Afrique.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, *op. cit.* p. 17.

¹⁰⁵⁹ P. CROCQ, , p.17.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.* n°18, p.18.

¹⁰⁶¹ V. O. GOUT, « Quel droit commun des sûretés réelles ? », *op. cit.*, n°125, 2013, p. 255 et s.,spéc. p. 262. Qui estime qu’ : « Il existe donc des solutions pour parfaire le droit commun des sûretés réelles. Il n’est cependant peut-être pas utile de bouleverser radicalement l’équilibre actuel soit en faisant purement et simplement disparaître les sûretés-propriétés, parfois perçues comme excessivement perturbatrices, soit en coulant dans un régime unique l’ensemble des sûretés ».

¹⁰⁶² C. LISANTI, « Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l’ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 », *D.* 2006, p. 2671 et s.,spéc. n°14 et 15. Fustigeant l’éparpillement en matière de sûretés

l'évolution ou la révolution du droit français des sûretés réelles qu'il préconise doit s'inspirer certes du modèle américain en ce qui concerne l'atteinte d'une certaine rationalisation,¹⁰⁶³ mais la comparaison s'arrête là. In fine, l'idée serait que toutes les sûretés selon leur nature puissent être regroupées autour d'une sûreté fédératrice suivant leur nature.

Pour M. BORGA, « *une approche globale calquée sur celle de l'article 9 UCC apparaît donc inutile* »¹⁰⁶⁴, la rationalisation du droit des sûretés français devrait se faire suivant plutôt le modèle québécois qui partage la même histoire que le droit français qui constitue sa source.

Tout comme le législateur québécois qui a adopté une approche fonctionnelle en généralisant le système de l'hypothèque mobilière, et laissé subsister les propriétés garanties, le législateur français devrait songer à une approche fonctionnelle des sûretés autour de concepts fédérateurs¹⁰⁶⁵ existants.

893. La doctrine française, du moins en partie, ne semble pas opposée à ce que le droit des sûretés adopte une approche fonctionnelle qui en l'état actuel pourrait permettre une rationalisation de ce droit. Elle se refuse toutefois à calquer ou reproduire le modèle américain qu'elle juge inadapté à tort ou à raison au contexte juridique français.

894. De par ses liens, historique et contemporain, avec la législation française, ces arguments peuvent être repris en droit OHADA, car ils partagent plus ou moins les mêmes problèmes, notamment en ce qui concerne la multiplicité des sûretés réelles mobilières. En outre, la consécration expresse des propriétés-sûretés, associée au sort peu enviable des

réelles mobilières, elle soutient qu' « *il eut été parfaitement envisageable de prévoir des règles particulières pour certaines sûretés sur les biens incorporels tout en les incluant plus largement dans le gage* » ; N. BORGA, *op. cit.*, n°486, qui estime que le droit français des sûretés préférentielles doit être « (...) *reformé et regroupé autour d'une ou deux institutions principales* » ; Olivier GOUT, « *Quel droit commun pour les sûretés réelles?* » *op.cit.*, p. 255, qui affirme que « *Le droit des sûretés réelles[...]souffre d'un manque de cohérence globale qui tient tout à la fois à la trop grande offre de sûretés et à l'insuffisance de règles fédératrices venant régir l'ensemble. La question se pose alors de savoir s'il est possible et souhaitable de dégager un socle de règles communes plus élaboré, voire même un droit commun, et selon quelles modalités* ».

¹⁰⁶³ *Idem*, *op. cit.*, n°449, qui avoue que « la réunion de différentes sûretés sous une dénomination unique n'est pas nécessairement problématique. Elle est même souhaitable lorsqu'elle rassemble des garanties reposant sur une technique commune et une assiette comparable(...) ».

¹⁰⁶⁴ *Idem*.

¹⁰⁶⁵ V. N. BORGA, *op. cit.*, n°449, p. 433, qui estime ainsi que « [...] les notions de nantissements, de gage, d'hypothèques, de fiducie, de cautionnement sont à même de fédérer le paysage, actuellement éclaté, des sûretés et de générer un droit commun à chaque niveau de catégorisation. A condition de ne pas les entendre de manière trop restrictive, le droit français dispose donc de concepts fédérateurs » ; Egal. C. LISANTI, « *Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006* », *D.*, 2006, p. 2671 et s., spéc. n°14 et 15.

créanciers nantis de sûretés préférentielles en matière de procédures collectives viennent renforcer cette analyse.

À l'existence de concepts fédérateurs justifiant le rejet de l'UCC vient se greffer la particularité des sûretés réelles qui oblige à tenir compte de leur nature.

B. L'obligation de respecter les différences de nature

895. À une différence de nature doit correspondre une différence de régime.

Partant de ce principe évoqué par M. BORGA, l'impossibilité d'une transcription de l'approche fonctionnelle des sûretés réelles suivant le modèle américain se heurterait à une différence de nature entre les sûretés préférentielles et les propriétés sûretés.

Nonobstant le fait que le droit américain ait fait fi de l'existence de ces particularités existantes entre les différentes sûretés pour les mettre toutes dans un même moule, il paraît inconcevable pour lui de reproduire la même chose en droit français.

Au soutien de son refus il avance diverses raisons qui nous semblent pertinentes.

896. En effet, il paraît indispensable même dans l'optique d'une approche fonctionnelle de respecter les spécificités propres à chaque garantie ou sûreté réelle. Car toujours selon le même auteur, « *le regroupement de sûretés sous un concept unique semble devoir trouver sa limite lorsqu'il conduit à prétendre soumettre à un régime commun des garanties dont la nature même implique des différences de régime* »¹⁰⁶⁶. S'il est nécessaire d'effectuer un regroupement des sûretés réelles en vue d'un droit commun, cela doit se faire toujours dans le respect des spécificités propres à certaines de ces garanties réelles.

En outre dans un souci de préservation de la liberté contractuelle qui impose « *qu'à une différence de nature corresponde une différence de régime* » entraîne « *un rejet* » de l'importation complète de l'approche fonctionnelle selon l'article 9 de l'UCC pour les sûretés mobilières. Car « *nier les différences de régime, c'est par la même nier les différences de nature et restreindre la liberté des parties contractantes* »¹⁰⁶⁷.

897. En résumé ce qu'il préconise c'est une approche fonctionnelle des sûretés qui soit « mesurée » c'est-à-dire construite dans le respect à la fois, de l'identité de nature et de l'identifié de régime. Autrement dit, l'approche fonctionnelle mesurée doit aboutir à une rationalisation du droit actuel des sûretés à travers une réunion des sûretés ayant la même

¹⁰⁶⁶ V. N. BORGA, *op. cit.*, n° 450.

¹⁰⁶⁷ *Ibidem*, n°451.

nature, par un même régime. Ainsi, dans une certaine mesure, la diversification actuelle du droit des sûretés pourrait être sensiblement atténuée, car un grand nombre de garanties font actuellement l'objet d'une réglementation distincte alors qu'elles possèdent la même identité juridique¹⁰⁶⁸. Par ailleurs, il faudrait veiller aussi à ce que la différence de nature entre sûretés réelles impose de leur établir des régimes différents¹⁰⁶⁹.

898. Cette démonstration de la doctrine française sur l'inutilité de retranscrire ou reproduire le modèle de l'article 9 UCC américain nous éclaire sur les critiques et les réserves qui pourraient être formulées à l'encontre d'une éventuelle réforme de ce genre qui serait proposée en droit OHADA des sûretés. La preuve nous en est peut être donnée par la refonte de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés effectuée en décembre 2010 sans même envisager une approche fonctionnelle du droit des sûretés aussi mesurée soit-elle. Cela témoigne aussi du caractère éminemment politique qui gouverne le choix entre différents systèmes juridiques, surtout pour des pays dépourvus de véritables traditions juridiques.

§2. Une importation politiquement difficile ?

899. L'adoption du modèle américain pourrait être contrariée au regard de certains intérêts politiques. En effet, l'élaboration du droit des sûretés doit tenir compte du caractère étatique de certaines sûretés qui empêche leur suppression pure et simple. En outre, le poids de l'héritage juridique¹⁰⁷⁰ dans le jeu du choix du système juridique le plus adapté est indéniable. Or, comme nous le savons, la quasi-totalité des États de l'OHADA n'a pas abandonné leur système juridique d'inspiration romano- germanique. Et c'est ce même système qui a servi de base pour l'élaboration de la quasi-totalité de tous les Actes uniformes OHADA. Cette œuvre d'harmonisation juridique s'est faite sans sacrifier toutes prérogatives des États membres. Mais le fait le plus marquant réside dans la consécration réaffirmée du système roman-civiliste comme système juridique de référence(A) ce qui a pour conséquence de rendre pratiquement inutile(B) une importation du modèle américain dans son entièreté en droit OHADA.

¹⁰⁶⁸ Notamment les sûretés réelles fondées sur un droit de préférence et celles fondées sur un droit de propriété.

¹⁰⁶⁹ V. N. BORGA, *op. cit.*, n° 454 et s., qui explique que son approche fonctionnelle mesurée qui conduit à un imposé un régime différent à des sûretés différentes par nature, doit impliquer à la fois, le rejet de toute extension des règles liées à la nature de la sûreté mais aussi encourager une extension des règles impératives d'ordre général, cela dans le cadre de l'intervention coordonnée de l'ordre public.

¹⁰⁷⁰ V. S. THIAM, Introduction historique au droit en Afrique, L'harmattan, 2011.

A. L'attachement à la tradition juridique

900. Politiquement, il semble que l'adoption d'un Livre IX traduit à peu près littéralement soit impossible. Telle est la position des Québécois qui s'explique aisément par leur volonté de valoriser leurs institutions nationales et locales et de préserver leur identité nationale.

Telle fut aussi la position du législateur africain qui à l'occasion de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en 2010, n'a pas jugé opportun de se conformer aux prescriptions du guide de la CNUDCI qui préconise une approche fonctionnelle des sûretés réelles notamment mobilières. L'adoption de cette approche du guide de la CNUDCI, fortement teintée du *Security Interest* américain, n'était pas, selon les mots de l'un des artisans prépondérants¹⁰⁷¹, « *envisageable [...], car ce guide se fonde sur une approche fonctionnelle [...] laquelle n'est guère compatible avec la conception civiliste traditionnelle des sûretés que l'on trouve au sein des pays membres de l'OHADA* »¹⁰⁷².

901. Cette réaction de défiance sinon de défense face à ce que certains nomment l'impérialisme américain n'est plus l'apanage des francophones québécois. Par réaction à une influence américaine de plus en plus marquée dans notre société, un courant de pensée s'est développé aussi en France visant à dénoncer le risque que fait peser cette influence sur leur identité juridique.

M. RIFFARD dira à ce propos que « *Le domaine juridique est sans conteste un domaine sensible. Le Code civil napoléonien fait partie intégrante de notre patrimoine national. Il est l'une des composantes essentielles de notre identité culturelle. À ce titre, il serait dès lors très maladroit et mal venu de proposer l'insertion de règles de droit américain dans notre propre système juridique propre* »¹⁰⁷³. D'autres éminents auteurs français, notamment le professeur Laurent AYNÈS ont embouché la même trompette. Il estime ainsi que le droit français doit rester fidèle à sa tradition civiliste. Et, « (...) *si l'harmonisation est désirable, la loi n'est pas*

¹⁰⁷¹ Les mots sont issus de l'introduction de Lionel BLACK YONDO, spécialiste appui au secteur privé, département climat des investissements groupe SFI-banque mondiale, Dakar, à l'ouvrage, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA, ouvrage coll. sous la direction de Pierre CROCQ, Lamy, 2012, n°16, p. 34.

¹⁰⁷³ V. J.-F RIFFARD, *op. cit.*, n°444 et s.

séparable de l'histoire des peuples. Ne nous laissons pas impressionner par ceux dont l'histoire est courte »¹⁰⁷⁴.

Plus modéré peut être, M. DAHAN¹⁰⁷⁵, approuve cependant le choix opéré par des pays de traditions civiliste de ne pas opter pour le modèle américain du *Security Interest*. Pour ce qui concerne le droit français, il modère son choix qui ne doit toutefois pas s'interpréter comme un refus de tout ce qui vient d'une autre tradition juridique. En effet, il précise que le droit français peut « *grandement profiter d'une influence étrangère dans ses efforts de réformes actuels* »¹⁰⁷⁶. D'ailleurs, pour lui, « *la mise en œuvre d'une réforme sera toujours plus facile et moins coûteuse si elle s'inscrit dans des lignes qui sont familières aux traditions juridiques* », Toutefois, il prévient que « *tout comme le roseau de la fable, les traditions juridiques sont faites pour être pliées, et non rompues* ».

902. Ces oppositions à une importation du modèle américain de sûretés en droit français peuvent sembler à la fois lointaines et proches pour un juriste africain. Lointaines, du fait que nous avons hérité d'une « *tradition juridique* » qui n'est pas la nôtre¹⁰⁷⁷, proches justement parce que c'est cet héritage juridique qui a constitué le lit du droit OHADA¹⁰⁷⁸. Comment imaginer dans cette situation une nouvelle « *importation* » quand les critiques contre le précédent modèle ne sont pas encore apaisées¹⁰⁷⁹.

903. L'influence ou l'attachement¹⁰⁸⁰ « *forcé* » des États membres de l'OHADA à leur tradition juridique est telle que la question s'est même posée de savoir pourrait

¹⁰⁷⁴ V. L. AYNÈS, en conclusion du colloque intitulé « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes » Perpignan, les 9 et 10 juin 2006, éd. Juridiques et techniques, 2006, n°219, p.134.

¹⁰⁷⁵ V. F. DAHAN, « Un point de vue de Londres : projet anglais et réformes en Europe centrale », Actes du colloque de Clermont- Ferrand « Repenser le droit des sûretés mobilières », ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, LGDJ, 2005, p. 106.

¹⁰⁷⁶ *Idem.*

¹⁰⁷⁷ V. dans ce sens. O. BALLAL, *Les usages et le droit OHADA*, préf. Pierre MOUSSERON, PUAM, 2014, vol. VII, n°58 et s., qui affirme que « les législateurs internes ont préféré mettre en place des droits « modernes », largement inspirés du droit des pays colonisateurs (...). C'est également le modèle qui a été choisi lors de l'élaboration des actes uniformes OHADA ».

¹⁰⁷⁸ *Id.*; égal., R. A. MACDONALD et I. DESCHAMPS, *Planimétrie et topographie en droit des sûretés*, essai présenté au colloque, « Les mutations de la norme et le renouvellement des sources du droit: le nivellement du droit » tenu les 18 et 19 novembre 2010 à l'université de Paris V- René Descartes, p. 3, en ligne : http://www.academia.edu/3830597/Planim%C3%A9trie_et_topographie_en_droit_des_s%C3%BBret%C3%A9s

¹⁰⁷⁹ V. A. de SABA, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales; droit de l'OHADA et pratique Européenne*, 2^e éd. Global Finance Securities, coll. Pratiques judiciaires et législatives, 2011, n°472 et s.

¹⁰⁸⁰ V. O. BALLAL, *op. cit.*, n°58 et s., qui dénonce la marginalisation des usages et coutumes africaines dans la construction du droit après la décolonisation dans de nombreux pays africains. Ceux-ci ont préférés « *suivre le modèle européen (...), il s'agit de la tradition juridique romano-germanique. Aussi, les sources orales du droit(...) se voient reléguer à une place beaucoup moins importante que celle qu'elles occupent dans le système*

se faire un élargissement, une extension de ce droit aux futurs probables États de traditions anglo-saxonnes. La doctrine africaine est déjà divisée sur la question. Pour certains¹⁰⁸¹, l'avenir du droit OHADA se trouve dans le « bi juridisme »¹⁰⁸², ce qui permettrait de le rendre « *plus vivant et plus vibrant parce qu'il permet l'influence réciproque du droit civil et de la Common Law (...)* », avec pour objectif final d'atténuer ce que M. KOUNDE nomme « *l'hégémonie* » de la tradition juridique française. Pour d'autres, notamment M. BENKEMOUN¹⁰⁸³, il est inconcevable d'envisager une réforme du droit OHADA dans un tel sens. Il préconise plutôt la création d'un droit OHADA-bis de droit anglo-saxon. Mais comme M. KOUNDE, il convient de se poser la question de savoir s'il y a urgence à envisager un élargissement du droit OHADA ou la création d'un droit OHADA-bis d'inspiration anglo-saxonne ?

904. Tout comme M. KOUNDE, nous répondrons non. Il convient plutôt de veiller déjà à la vulgarisation et au très bon enracinement du droit que nous avons actuellement, après quoi on pourrait songer à l'imposer à d'autres États. Car comme on le dit couramment « *qui veut aller loin ménage sa monture* ». Une transcription en l'état actuel du modèle américain apparaît donc inopportune.

B. L'inopportunité pratique d'une importation

905. Plus d'une décennie après l'adoption des premiers Actes uniformes, le constat est que ceux-ci notamment celui relatif aux sûretés et donc au crédit a subi une réforme suscitée par les plaintes des professionnels et aussi des populations qui ne s'y retrouvaient aucunement.

juridique traditionnel africain »; D. KOUNDE, *Les actes uniformes OHADA et la croissance économique des États d'Afrique de la zone Franc*, Thèse, Perpignan, 2005, p.154, qui révèle que l'influence de la tradition juridique française dans les États membres de l'OHADA est telle que certains États déjà membres tendent à être exclus et décourage l'adhésion d'autres.

¹⁰⁸¹V. dans ce sens, I. L. MIENDJIEM, « La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA », in *R.R.J.*, 2009-3, p. 1571 et s. Il soutient que l'enrichissement du droit OHADA par la common law ou plus exactement le droit anglais est devenu inévitable. Il milite donc pour une intégration dans le droit OHADA des sûretés de la floating charge de droit anglais, car « *ce métissage juridique n'est pas nouveau et à même déjà fait les preuves de son efficacité* » ; D. KOUNDE, *op. cit.*, p. 279 et s. ;

¹⁰⁸² Idem. Selon D. KOUNDE, cela consiste à marier « des méthodologies et des cadres d'analyses » provenant des différents systèmes de droit ».

¹⁰⁸³ L. BENKEMOUN, « Quelques réflexions sur l'OHADA 10 ans après le traité de Port Louis », in *Penant* n°843, p.133 à 139. Pour lui, un mixage entre les deux traditions juridiques serait expérimental. Or, l'Afrique ne saurait servir de laboratoire des fantaisies de clercs; selon ses termes. Aussi, l'ouverture à la common law ne se traduirait-il pas comme un manque de confiance de l'OHADA en sa force d'attraction. Il donnera alors l'exemple de l'Union Européenne qui exige plutôt de ses candidats à l'adhésion de reprendre à leur compte ce qui est appelé de façon évocatrice « l'acquis communautaire ».

906. Faisant une analyse planimétrique et topologique¹⁰⁸⁴ du droit OHADA, Roderick. A. MACDONALD et Isabelle DESCHAMPS¹⁰⁸⁵ en sont arrivés à la conclusion que les fondements du droit OHADA sont la cause principale des difficultés qui entravent son véritable développement. Plus explicitement, la méthode choisie pour élaborer les Actes uniformes est à l'origine des dysfonctionnements constatés aujourd'hui. Car peu de temps après son adoption, l'AUS s'est montré inadapté aux réalités économiques de la zone OHADA et incapable de répondre aux besoins en découlant. Pour eux, « *le projet OHADA illustre la topographie multijuridictionnelle néocoloniale* ». En outre, « *l'examen de l'AUS de 1997 et de l'AUS modifié fait voir que bien que leurs concepteurs aient envisagé la réforme OHADA d'un point de vue planimétrique, ils l'ont essentiellement élaborée selon une démarche topographique plus adaptée aux États africains, mais toujours avec les traces néocoloniales(...). L'organisation a plus ou moins adopté le modèle français – modèle diversifié – sans toutefois véritablement se demander s'il y aurait lieu de puiser dans le droit local pour déterminer si et quelles institutions françaises sont adaptées aux multiples pays de l'OHADA* »¹⁰⁸⁶.

907. Cette théorie est appuyée et soutenue par d'autres auteurs qui pensent que le droit OHADA s'est construit en occultant le contexte qui était destiné à le recevoir¹⁰⁸⁷. Ainsi, pour KOUNDE, le problème du droit OHADA découle du manque de « *syncrétisme* »¹⁰⁸⁸ entre ce nouveau droit des affaires et les droits traditionnels préexistants.

¹⁰⁸⁴ Ces notions sont conçues par leurs auteurs comme des opérations de réforme du droit visant à remanier un ensemble d'institutions juridiques hétérodoxes existantes en un nombre restreint de concepts cohérents et intégrés. La planimétrie juridique consiste à identifier et aménager des institutions juridiques de façon horizontale. Elle consiste à localiser des concepts légaux sur un plan, à réaliser un modèle dans un domaine du droit par la projection horizontale de ses institutions sur une surface plane. La topographie juridique consiste quant à elle à regrouper des institutions juridiques diverses et existantes et à identifier leurs caractéristiques communes de façon à permettre une nomenclature diverse dans un régime systémique et cohérent soit en imposant une fonctionnalité intégrée *ex post facto* (par exemple les institutions de l'OHADA), soit quant à certains aspects de ces institutions, une diversité de solutions (la vente avec faculté de rachat du *Code civil du Québec* de 1994). Pour une définition plus détaillée, v. R. A. MACDONALD et I. DESCHAMPS, *op. cit.*, p.4 et s.

¹⁰⁸⁵ *Idem.*

¹⁰⁸⁶ v. R. A. MACDONALD et I. DESCHAMPS, *op. cit.*, p. 18 et 19.

¹⁰⁸⁷ S. THIAM, *Introduction historique au droit en Afrique*, L'harmattan, 2011, p. 22 et 23,

¹⁰⁸⁸ V. D. KOUNDE, *Les actes uniformes de l'OHADA et la croissance économique des États d'Afrique de la zone Franc*, thèse, Perpignan, 2005, p. 177 et s. Pour cet auteur, les difficultés d'applications rencontrées par le droit OHADA, proviennent du fait que les autorités africaines à l'indépendance et même après avec l'adoption du droit OHADA, ont cru bon d'adopter un droit des affaires unique étant entendu qu'il n'en existait pas un de coutumier qu'il puisse transcrire à l'instar du droit de la famille. Ceci c'était sans compter avec les énormes divergences entre la tradition africaine et la moderniste du nouveau droit (...) il aurait fallu un syncrétisme profond; pas seulement quelques adaptations aux réalités africaines(...).

908. Or, comme le disent d'éminents auteurs pour paraphraser, un système juridique n'a de valeur que si les personnes à qui il est destiné s'y retrouvent¹⁰⁸⁹. On remarque une violation constante d'une condition cardinale de l'efficacité de toute loi telle qu'énoncée par MONTESQUIEU. Une bonne loi, disait-il, devrait découler de la nature des choses c'est-à-dire du tissu économique et social qu'elle est appelée à régir. Le droit de l'OHADA ne satisfait pas à cet impératif.

909. L'application du droit n'est pas évidente surtout lorsque l'on se situe sur le terrain africain. En effet, les Actes uniformes sont d'essence étrangère puisqu'issus d'une logique de droit romaniste. Or « *la réception d'un droit étranger occidental en Afrique connaît des difficultés d'application liées à la résistance de la tradition* »¹⁰⁹⁰. En effet, comme le dit A. A. de SABA, critiquant l'AUPSRVE, « *un des principaux défauts du droit de l'OHADA est son éloignement de la réalité des Africains et des difficultés que rencontrent les praticiens pour exécuter les décisions obtenues* »¹⁰⁹¹. En effet, l'ambition première des législateurs était d'élaborer un corps de règles pour appâter les investisseurs étrangers¹⁰⁹². Ce postulat de départ, sans nul doute erroné, explique le caractère élitiste et sophistiqué du droit OHADA, dont certaines dispositions sont apparentées au droit français et au droit de l'Union européenne. Par conséquent, « *ce nouveau droit des affaires est inadapté à la réalité économique et sociale de la majorité des Africains* »¹⁰⁹³.

910. Ne pas tenir compte de certaines pratiques et aussi certains intérêts peut conduire à certains blocages. L'exemple le plus marquant est celui rapporté par M. CROCQ¹⁰⁹⁴ à l'occasion de la réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés en 2010. En effet, lors de la réunion du Comité des Experts qui s'est tenue à Lomé du 4 au 6 octobre 2010, afin d'examiner le projet de réforme de l'Acte uniforme portant Organisation

¹⁰⁸⁹ PORTALIS, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de code civil, an XI, cité par MVONDO Prosper, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, th., Strasbourg III, 1995, p. V.

¹⁰⁹⁰ R. ADIDO, Essai sur l'application du droit en Afrique : cas de l'OHADA, th., Perpignan, 2004, p.4.

¹⁰⁹¹ A. A. de SABA., «Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant?», *Finance & Bien Commun*, 2007/3 N° 28-29, p. 96-104, spéc. p. 98. En ligne : <http://www.cairn.info/revue-finance-et-bien-commun-2007-3-page-96.htm>.

¹⁰⁹² L. BENKEMOUN, *op. cit.*, p. 193 qui fustige les fondements même de l'OHADA. Pour lui, « il est révélateur(...) que le préambule du traité parle « d'encourager l'investissement » sans autrement qualifier ce dernier. (...) il ne fait de doute pour personne, même s'il n'est pas forcément politiquement correct de le dire, que l'OHADA répond d'abord aux attentes des investisseurs internationaux, but louable et légitime, même s'il est peu soucieux des préoccupations et du vécu des autres usagers... ».

¹⁰⁹³ A. A. de SABA., *op. cit.* p. 98.

¹⁰⁹⁴ P. CROCQ, « Une controverse au sujet du rang du privilège accordé aux créances des organismes de sécurité sociale », in *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 05, 2^e trimestre 2011, p. 17 et s.

des Sûretés (A.U.S.), la question du rang du privilège accordé aux créances des organismes de sécurité sociale a été soulevée, à la suite d'une demande de la Conférence Interafricaine de la Prévoyance Sociale (la CIPRES), qui souhaitait les voir classées au troisième rang de l'article 180 du projet de réforme, c'est-à-dire à égalité de rang avec les travailleurs et les apprentis. Après de houleux débats, une solution médiane fut trouvée qui consista, à conférer à la fois aux organismes sociaux un rang meilleur que celui qui est le leur dans l'article 107 de l'ancien AUS., conformément au souhait légitime exprimé par la CIPRES, tout en maintenant dans le nouvel Acte uniforme¹⁰⁹⁵, les créances des organismes sociaux à un rang immédiatement inférieur à celui des créances des salariés, des apprentis et des auteurs d'œuvres intellectuelles.

911. En somme, plutôt que de reproduire à l'identique, une fois de plus des règles qui comme le soutient M. de SABA « *n'ont aucune prise sur le vécu quotidien des populations africaines de l'OHADA* », il faudrait, peut-être s'interroger sur le modèle de droit des sûretés réelles qui serait propice à des populations qui n'ont pas de patrimoine et qui, malgré tout, doivent rester des acteurs du développement.

912. Aussi vrai qu'une transposition du modèle américain des sûretés en droit OHADA n'est pas envisageable pour l'instant, il n'en demeure pas moins que l'OHADA n'est plus « *cette œuvre fragile* »¹⁰⁹⁶ qui ne puisse s'accommoder d'un rapprochement avec le système juridique anglo-saxon.

Il s'agit en notre sens de parvenir à établir la nuance entre recopier un texte juridique et s'inspirer de sa philosophie¹⁰⁹⁷. C'est sur cette nuance qu'il nous faudra jouer pour tenter de convaincre tous ceux qu'une réforme libérale à l'américaine effraie ou scandalise et qui ont pu proposer de remédier, par d'autres biais, à la crise du droit des sûretés réelles.

Section 2. Les alternatives préconisées

913. Le refus d'adopter le modèle américain de sûretés a suscité diverses propositions de rechanges ou d'autres méthodes en vue d'une rationalisation du droit des

¹⁰⁹⁵ V. art 180 AUS.

¹⁰⁹⁶ V. D. KOUNDE, *op. cit.*, p. 280.

¹⁰⁹⁷ V. dans ce sens, J.- F. RIFFARD, *op. cit.*, n°445 ; V. O. GOUT, *op. cit.*, p. 255 et s.

sûretés en France et même dans un cadre plus international, en laissant subsister la question sur le sort de la propriété-sûreté.

914. Plusieurs méthodes de rationalisation des sûretés réelles mobilières ont été proposées pour remédier à l'instauration du *Security Interest* en droit français.

Globalement toutes ces méthodes visent à redonner une certaine cohérence au droit des sûretés réelles tout en prenant en compte les propriétés sûretés dont la nature assez particulière est selon une partie de la doctrine française, un frein à l'uniformisation selon le modèle américain.

Si certains militent ou ont milité pour une généralisation de la propriété sûreté (§.1), d'autres prônent une refonte qui se fera sans occulter la nature particulière de certaines sûretés réelles (§.2).

§1. La généralisation de la propriété sûreté

915. L'usage exclusif des techniques de garantie reposant sur l'emploi de la propriété a été aussi proposé comme alternative à une transposition de l'approche fonctionnelle du *Security Interest* du Uniform Commercial Code américain.

Inspirée particulièrement par le système germanique des sûretés mobilières basé sur l'emploi de la réserve de propriété, cette approche compte des partisans (A), mais aussi des pourfendeurs(B).

A. Les avantages d'un système de sûretés réelles fondé sur l'usage de la propriété

916. L'essor des sûretés basées sur la propriété ces dernières décennies, a fait que certaines voix se sont élevées pour appeler de leurs vœux une réforme axée sur l'utilisation élargie et généralisée de la propriété-sûreté à travers, d'un côté la généralisation des transferts fiduciaires¹⁰⁹⁸ qui porteraient à la fois sur les biens corporels et incorporels, et d'un autre côté, la clause de réserve de propriété dans sa version étendue. Pour ce faire, il s'agirait d'admettre en premier lieu, à l'instar du droit allemand, la clause de réserve de propriété dite élargie en vertu d'une clause de cession de créance future par laquelle l'acheteur est autorisé à revendre

¹⁰⁹⁸ C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, th., Strasbourg, Economica 1981, préface O. Schmidt.

dans le cours normal de ses affaires, les biens grevés tout en s'engageant immédiatement à céder au vendeur toutes les créances futures égales au montant de la revente. En second lieu serait consacrée la clause de réserve de propriété dite prolongée en vertu d'une clause de transformation permettant au vendeur en cas de transformation ou d'incorporation du bien vendu à d'autres biens de détenir la copropriété du nouveau produit à concurrence de la valeur facturée par rapport à la valeur du nouveau produit au moment de la transformation.

917. Cette généralisation permettrait ainsi de reconstruire un nouveau droit des sûretés réelles entièrement centré sur la seule utilisation du droit de propriété; un nouveau droit suffisamment complet pour satisfaire les besoins tant des créanciers dispensateurs de crédit que des créanciers vendeurs.

918. Le système allemand constitue bien souvent la référence¹⁰⁹⁹. Car il est le fruit d'une longue pratique, et il présente des intérêts incontestables.

Tout d'abord, les garanties ont une assiette très étendue. Les cessions de créances sont le plus souvent globales. Elles peuvent en outre porter sur les créances à naître. Ensuite, les formalités de constitution des cessions fiduciaires sont très réduites ; elles ont également une grande souplesse. Les cessions ne sont en effet notifiées que lorsque cela paraît nécessaire à la protection du créancier. Ce sont enfin, et peut-être surtout, les droits reconnus aux créanciers qui expliquent l'attrait pour le système allemand. Titulaire de droits, propriétaire des biens assiette de sa garantie, le créancier n'a pas à craindre la loi du concours. Il n'a pas non plus, en cas de défaillance de son débiteur, à respecter une procédure pour se faire attribuer les biens, assiette de sa garantie. La protection du créancier apparaît d'autant plus forte que d'heureuses combinaisons entre la cession fiduciaire et la réserve de propriété ont été imaginées. Une longue pratique a ainsi permis l'élaboration d'un système cohérent, qui, aujourd'hui, semble avoir atteint son plus haut degré de perfectionnement.

919. En France, de nombreux rapports¹¹⁰⁰ et auteurs se sont prononcés spécialement pour une extension de la clause de réserve de propriété. Ainsi, depuis la loi DUBANCHET de 1980, en France, la clause de réserve de propriété présente en effet, pour le créancier des

¹⁰⁹⁹ V. D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°595.

¹¹⁰⁰ Conseil National du Crédit, Rapport sur « les garanties et le crédit aux entreprises », Septembre 1993, p. 33 et s., cité par J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 460.

attraits aussi séduisants que la souplesse et l'efficacité. De plus, ce type de stipulation a bénéficié de la faveur de la doctrine qui a vu en elle le moyen de favoriser le crédit-acheteur en réduisant corrélativement le crédit-fournisseur ou interentreprises, considéré souvent comme un frein au développement économique.

920. Dès lors, certains praticiens ont pu prôner l'idée d'une extension du champ d'application de la réserve de propriété. Une telle extension pourrait, a priori, se concevoir à un double niveau notamment par le biais d'un aménagement contractuel, à l'instar de ce qui se pratique en droit allemand.

Deux catégories de clauses extensives sont reconnues par le droit allemand. Le premier type de clauses concerne le bien objet de la garantie et a pour but plus précisément, de permettre l'extension de la garantie à la revente et aux produits fongibles ou transformés ; l'« *extension verticale* »¹¹⁰¹. Le second traite des créances garanties ; il s'agit de l'« *extension horizontale* »¹¹⁰².

Pour RIFFARD, « *Quand bien même ces extensions seraient admises, la clause de réserve de propriété présenterait toujours un handicap majeur : elle n'est pas une sûreté au sens strict du terme, en ce qu'elle s'avère indissociable du contrat de vente dont elle ne constitue qu'une modalité* ». Cette assertion même si elle demeure juridiquement défendable s'avère presque sans intérêt véritable aujourd'hui avec la consécration de la réserve de propriété en tant que sûreté réelle véritable. Ainsi, toujours pour RIFFARD, dans l'optique d'une utilisation généralisée du droit de propriété comme instrument de garantie, le seul mécanisme

¹¹⁰¹ V. D. LEGAIS, *op. cit.*, n°494 ; égal., J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 463 et s. qui explique qu'« En principe la clause de réserve de propriété ne peut porter que sur le bien initialement vendu. Si celui-ci est transformé, incorporé de telle façon qu'il perde son identité ou a fortiori revendu, le créancier perdra alors sa garantie. Les clauses d'extension verticales ont pour objet d'éviter cet écueil en prolongeant le droit de garantie du créancier. Là encore, deux catégories de clauses sont à distinguer suivant que le bien est transformé ou revendu. Dans le premier cas, les parties peuvent stipuler une clause de transformation. Lorsque les biens ou matières premières, objets de la réserve de propriété, sont incorporés ou transformés en un nouveau produit fini, la clause de transformation permet au créancier d'obtenir sur ce bien nouvellement produit les mêmes droits qu'il avait sur le bien initial. Dans le second cas, il s'agit de protéger le créancier en cas de la revente par le débiteur du bien réservé. Par le biais de la *vorausabrtungsklausel*, le vendeur se fait céder à l'avance toutes les créances qui pourraient résulter de la revente par le débiteur du bien objet de la réserve de propriété ».

¹¹⁰² V.J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 466, il explique qu'« En principe la clause de réserve de propriété ne peut servir qu'à garantir une créance née de la vente d'un bien. Ne pourrait-on pas imaginer que le créancier veuille se réserver la propriété du bien vendu non plus seulement afin de garantir cette créance mais encore toute autre créance actuelle ou future dont il pourrait être titulaire envers l'acheteur? Le droit allemand permet une telle extension par le biais des « clauses de propriété élargies », dont la plus utilisée par la pratique est celle dite de compte courant. Sont alors garanties par le bien cédé, toutes les créances dont le vendeur pourrait être titulaire à l'encontre de l'acheteur. La propriété du bien assiette de la garantie ne sera ainsi définitivement acquise au débiteur que lorsque celui-ci se sera acquitté de toutes ses obligations envers le vendeur ».

envisageable est celui qui permettrait au créancier de se faire transférer à titre de sûreté, la propriété de certains biens composant le patrimoine de leur débiteur.

La fiducie telle que la concevait les Romains, semble bien être a priori cette sûreté miracle et quasi absolue.

Depuis quelques années, un certain engouement est suscité pour cette ancienne institution qu'est la fiducie¹¹⁰³. Cet intérêt a notamment conduit les juristes à proposer en 1992 en France, sans succès, un projet de loi visant à introduire la fiducie¹¹⁰⁴.

Les juristes ont surtout vu dans le projet déposé en 1992, la possibilité de se doter d'une sûreté efficace, qui aurait permis, de généraliser la cession fiduciaire à titre de garantie à l'ensemble des biens meubles ou immeubles, corporels ou incorporels.

La fiducie telle qu'elle était conçue dans le projet de loi de 1992, présentait de prime abord pour les créanciers, deux atouts principaux : la souplesse et l'efficacité.

Sa souplesse se vérifie au niveau de son utilisation. En effet, la fiducie permet l'affectation de toutes sortes de biens tant immobiliers que mobiliers, corporels qu'incorporels, à la garantie d'un prêt quelconque. Ainsi, il n'existera guère, dans la vie des affaires, de secteurs où le recours à la fiducie ne serait pas envisageable. Certes, les valeurs mobilières et les créances constitueront le domaine de prédilection de l'application de la fiducie, mais la possibilité de recourir à la fiducie pour des biens corporels peut ouvrir de nouveaux horizons aux créanciers. Ainsi, comme le souligne un auteur¹¹⁰⁵, les créanciers disposent enfin d'une sûreté pratique propre à porter sur les biens en stock.

Après moult tergiversations, la fiducie-sûreté a été adoptée et consacrée en droit français avec une efficacité et une souplesse incontestable¹¹⁰⁶.

921. En droit des sûretés réelles OHADA, le législateur communautaire tout comme en droit français n'a pas opté pour une généralisation complète de la propriété sûreté, mais a entrouvert la porte qui pourrait conduire à une telle destination dans le futur.

¹¹⁰³ Sur la fiducie voir: Claude WITZ, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, Préf. D. Schmidt; J. DERRUPPÉ, « De la fiducie au crédit-bail », in *Mélanges Ellul*, PUF 1983, p. 449 et s.; J. de GUILLENCHMIDT, « Présentation de l'avant projet de loi relatif à la fiducie », in *Rev. dr. Bancaire*, n° spécial « Fiducie », juin 1990 n° 19; La France sans la fiducie? In, *RJ Com.* 1990, p. 49.

¹¹⁰⁴ C. WITZ, « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP* 1993 éd. CI, Étude 244; M. CANTIN-CUMYN, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique », *D.* 1992 Chron. 117 et s.

¹¹⁰⁵ C. WITZ, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁰⁶ Ce fut l'objet d'un long processus législatif.

En effet, la réforme de décembre 2010 est venue consacrer l'usage de la propriété en tant que garantie réelle véritable, car avant cette réforme le droit OHADA n'organisait de garantie sur la propriété que de façon liminaire dans l'AUDCG.

922. Désormais, et comme en dispose l'AUS, « *La propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie d'une obligation par l'effet d'une clause de réserve de propriété. Elle peut aussi être cédée en garantie d'une obligation(...)* »¹¹⁰⁷.

À travers ces dispositions, le législateur, s'inspirant des droits de sûretés étrangers, ouvre le chapitre de l'usage de la propriété à titre de garantie avec tous les avantages en termes de possibilités de crédit que cela offre.

923. D'une part, on retrouve la réserve de propriété, inspirée fortement du droit français, mais qui s'en éloigne sur certains points essentiels pour s'imprégner du système allemand.

Si auparavant, le créancier réservataire était démuné en cas de transformation ou de perte du bien sur lequel portait sa garantie, il lui est désormais possible en dépit de l'incorporation du bien à un autre, de le récupérer¹¹⁰⁸. Et, même s'il lui est impossible de récupérer le bien, une autre option lui est offerte. Le législateur impose dans cette circonstance qu'« *A défaut, le tout appartient au propriétaire de la chose qui forme la partie principale, à charge pour lui de payer à l'autre la valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui y a été unie* »¹¹⁰⁹.

Ces prérogatives reconnues au créancier par le droit OHADA ne sont pas au détriment du débiteur qui bénéficie d'une protection contenue dans l'article 77 de l'AUS. En effet, reprenant l'article 2371 du Code civil français, l'AUS contient toute velléité de spoliation du débiteur en instituant un verrou¹¹¹⁰ qui ne permet aucune modification possible de ce texte par les parties.

¹¹⁰⁷ V. art. 71 AUS.

¹¹⁰⁸ L'art. 76 de l'AUS permet cependant cette possibilité que dans le cas où les biens lorsque « *ces biens peuvent être séparés sans subir de dommage* ».

¹¹⁰⁹ Art. 76 al. 2 AUS. Le droit OHADA se distingue sur ce point du droit français en la matière notamment en son article 2370 qui n'a pas prévu cette éventualité pourtant envisagée dans le rapport GRIMALDI. V. dans ce sens P. CROCQ, « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet d'acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Droit et patrimoine*, n°197, novembre 2010, p. 83.

¹¹¹⁰ V. art. 77, princ. Al. 4 « A défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer.

La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie.

Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence.

Toute clause contraire aux alinéas 2 et 3 du présent article est réputée non écrite ». ; v. dans ce sens P. CROCQ, op. cit., p. 83, qui interprète cela comme la volonté du droit OHADA d'« éviter tout contentieux, d'affirmer

924. D'autre part, il convient de noter avec satisfaction l'organisation des transferts fiduciaires de propriété à titre de garantie par l'AUS.

Des dispositions de l'article 79 de l'AUS nous retenons que « *La propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes* ».

Ce texte semble conférer un domaine d'application a priori assez large à la propriété cédée à titre de garantie puisqu'il y est indiqué qu'en principe elle peut avoir pour objet n'importe quel bien, ou ensemble de biens, actuels ou futurs, et garantir n'importe quelle créance, ou ensemble de créances, actuelles ou futures. Cette large admission de la propriété cédée à titre de garantie est cependant tempérée par l'affirmation selon laquelle celle-ci ne peut exister qu'aux seules « *conditions prévues par la présente section* », ce qui donne un caractère limitatif¹¹¹¹ à l'énumération des propriétés cédées à titre de garantie figurant au sein de l'AUS. Cette restriction, même si elle éloigne un potentiel espoir immédiat de généralisation de propriété sûreté, offre cependant une voie future pour une consécration de la fiducie sûreté en droit OHADA. En outre, bien que limité à la cession de créance et au transfert fiduciaire de somme d'argent, il n'en demeure pas moins que ce texte offre aux acteurs des affaires toutes les potentialités de crédit contenues dans l'utilisation de propriété comme garantie.

À titre d'illustration, on pourrait citer les avancées de l'AUS par rapport au droit français. Tout d'abord, son domaine d'application, en parlant de la cession de créance, est plus large que celui de la cession « *DAILLY* »¹¹¹² puisqu'elle peut avoir pour objet une créance n'ayant pas un caractère professionnel, et cela même lorsque le cédant ou le débiteur cédé sont des personnes physiques. Ensuite, la protection du débiteur cédé, lorsqu'il est une personne physique non professionnelle, n'a pas été négligée pour autant puisque le projet lui interdit de faire le seul acte qui pourrait s'avérer dangereux pour lui dans la mesure où il modifie sa situation juridique en le privant du bénéfice de l'opposabilité des exceptions.

925. En effet, l'acceptation de la cession (qui a ici les mêmes effets que l'acceptation d'une cession « *DAILLY* ») n'est possible, selon l'article 85, que « *lorsque le débiteur de la créance cédée est un débiteur professionnel au sens de l'article 3 du présent Acte uniforme* », c'est-à-dire un débiteur « *dont la dette est née dans l'exercice de sa*

expressément une conséquence implicite mais inéluctable du caractère accessoire de la réserve de propriété : le fait que, de par sa nature même de sûreté, aucune clause du contrat ne puisse permettre que sa réalisation entraîne une spoliation du débiteur ».

¹¹¹¹ V. infra pour les raisons de la limitation.

¹¹¹² V. articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier en France ; Gregory MOUY, « La cession de créances à titre de garantie: une sûreté à part », in J.D.S., n°61, Janv. 2009, p.71.

profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Enfin, et c'est là sans doute la spécificité la plus importante, l'opposabilité aux tiers de la cession de créance à titre de garantie est soumise à son inscription au RCCM¹¹¹³ conformément aux orientations¹¹¹⁴ de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

926. Autres avantages de la cession de créance à titre de garantie, sa grande simplicité puisque le nombre de créances pouvant être cédées en garantie n'est pas réglementé et que la cession intervient sans stipulation de prix, ce qui est logique puisque la cession n'intervient qu'à titre de garantie. L'attrait et l'originalité du mécanisme reposent aussi sur le fait que la remise de l'acte constitutif de la cession de créance est translatif de propriété des créances, bien que celles-ci n'aient pas vocation à revenir in fine au cessionnaire. En effet, le transfert de propriété est en principe provisoire: si l'emprunteur honore ses remboursements, les créances cédées retourneront dans son patrimoine. En revanche, en cas de défaillance, la banque conservera définitivement la propriété des créances¹¹¹⁵ et elle pourra alors se rembourser par simple compensation. Contrairement au nantissement de créances, la banque cessionnaire n'a donc pas à agir en justice¹¹¹⁶ pour obtenir la vente ou l'attribution des créances, elle peut se payer par compensation en qualité de propriétaire des créances (elle recevra le paiement du débiteur cédé à qui elle doit notifier la cession).

Les avantages qu'une telle sûreté confère à son titulaire, comparativement au simple nantissement de créances, sont fondamentaux en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur cédant. En effet, on l'a dit, la cession de créances en garantie attribue au cessionnaire la propriété des créances ; cela lui évite alors tous les inconvénients de la procédure collective. À l'inverse du créancier nanti, le cessionnaire n'est pas exposé aux délais de procédure et, le cas échéant, à ceux du plan ainsi qu'au risque d'être primé par les

¹¹¹³ Cette obligation d'inscription au RCCM est critiquée par P. CROCQ, op. cit., p. 84, qui y voit « un risque d'handicaper le développement de la cession de créance à titre de garantie pour deux raisons : d'une part, parce que les entreprises ne souhaitent pas forcément que les tiers aient connaissance du fait qu'elles ont cédé à leur banque leurs créances sur leurs clients; d'autre part, et surtout, parce que la soumission de l'opposabilité des sûretés ayant pour objet des créances à l'accomplissement d'une formalité de publicité sur un registre n'est concevable, en pratique, que si ledit registre et les modalités d'inscription sont totalement informatisés ». Or, cette informatisation du registre n'est en pratique pas encore exécutée et ne le sera pas de si tôt ou elle ne s'effectuera qu'en fonction de l'évolution dans chaque État partie.

¹¹¹⁴ La CNUDCI soumet l'opposabilité de l'opposabilité aux tiers de toutes les sûretés sans dépossession à l'accomplissement d'une formalité de publicité.

¹¹¹⁵ V. art. 86 AUS.

¹¹¹⁶ V. art. 134 al. 2 AUS qui prévoit que : « Si l'échéance de la créance garantie est antérieure à l'échéance de la créance nantie, le créancier peut se faire attribuer, par la juridiction compétente ou dans les conditions prévues par la convention, la créance nantie ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Le créancier nanti peut également attendre l'échéance de la créance nantie ».

créanciers bénéficiant de privilèges supérieurs au sien. Il est propriétaire de la créance, déjà sorti du patrimoine du cédant au moment de la faillite, et se fera donc payer par le débiteur cédé sans que l'ouverture de la procédure n'ait une quelconque incidence.

Il convient enfin d'observer que l'efficacité du mécanisme est d'autant plus grande que l'effet translatif attaché à la remise de l'acte de cession se produit, « *quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances* »¹¹¹⁷.

927. Il fut un temps où la jurisprudence Française avait, limité, à propos d'une cession de créances nées d'un contrat à exécution successive (contrat de bail, contrat d'entreprise...), l'effet translatif aux seules échéances existantes au jour du jugement d'ouverture: « *le jugement d'ouverture de procédure collective à l'égard du cédant fait obstacle aux droits de la banque cessionnaire sur les créances futures nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieurement à ce jugement* »¹¹¹⁸. Autrement dit, les échéances futures du contrat «*tombaient*» dans la procédure collective; elles n'appartenaient pas à la banque cessionnaire. Mais cette jurisprudence, fortement critiquée, a été abandonnée: il est aujourd'hui admis que l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant, après la date apposée sur le bordereau *DAILLY*, ne remet pas en cause l'efficacité de la cession aussi bien pour les échéances passées que pour les échéances futures du contrat à exécution successive¹¹¹⁹.

928. À propos du transfert fiduciaire de somme d'argent, l'AUS se montre plus innovant, que le droit français¹¹²⁰, car en plus d'introduire une sûreté qui était jusqu'alors inconnue du droit de l'OHADA, il établit une réglementation de cette sûreté qui ne figure même pas au sein du droit français.

S'il est vrai que les qualités de la propriété utilisée à titre de sûreté sont indéniables, peu d'auteurs, surtout dans la doctrine française, militent pour sa généralisation ou son institution à titre de sûreté réelle unique.

¹¹¹⁷ V. art 82 AUS ; en droit français voir art. L. 313-27 du Code monétaire et financier.

¹¹¹⁸ Cass. com., 26 avril 2000.

¹¹¹⁹ V. not. Cass. com., 22 novembre 2005.

¹¹²⁰ La proposition effectuée par la commission « Grimaldi » de réglementer cette dernière sous la forme d'un nantissement de monnaie scripturale n'a pas été reprise dans l'ordonnance du 23 mars 2006 ; v. art. 87 et s. de l'AUS. Le transfert fiduciaire est défini par l'article 87 en son alinéa 1^{er} comme : « *Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* ».

B. Les objections à l'extension de la propriété sûreté

929. De nombreux auteurs¹¹²¹ ont démontré les avantages certains que pourrait présenter un système inspiré du modèle allemand. Pourtant, les propositions tendant à faire de l'utilisation de la propriété la base d'un nouveau système de sûreté réelle mobilière ne sont pas à l'abri de toutes critiques.

Divers griefs ont pu être formulés à propos de la propriété garantie par une partie de la doctrine française allant même jusqu'à prôner son interdiction pure et simple.

930. Il était mis en avant des arguments justifiant le refus de la généralisation de la propriété sûreté en droit français, les défauts qui la minent dont le plus rapporté était son caractère occulte¹¹²².

Cet argument ne saurait être retenu en droit OHADA, car le législateur africain a sorti la presque totalité¹¹²³ des propriétés sûretés de leur occultisme en imposant leur inscription au RCCM afin d'assurer leur opposabilité aux tiers.

Il reste que les autres reproches évoqués par la doctrine française pour rejeter l'élargissement de la propriété continuent de valoir.

Ainsi pour le professeur Dominique LEGEAIS, soutenu par RIFFARD, les lacunes de la propriété sûreté touchent ses différentes matérialisations.

En ce qui concerne l'aliénation fiduciaire, deux inconvénients sont présentés comme rédhibitoires à une éventuelle généralisation de cette forme de garantie.

Pour le débiteur, le système de l'aliénation fiduciaire a deux inconvénients.

Premièrement, le système entraîne un certain gaspillage du crédit. En effet, le débiteur doit souvent consentir des garanties portant sur des biens d'une valeur supérieure à celle des sommes prêtées. Ainsi, l'emprunteur épuise en une seule fois toutes ses possibilités d'obtention de crédit. Pratiquement, il lui est difficile d'obtenir un nouveau prêt d'un autre créancier.

En second lieu, le système compromet gravement les chances de survie d'une entreprise lorsque celle-ci est mise en règlement judiciaire ou en liquidation de biens. Et dans un système d'aliénation fiduciaire, toutes les garanties conférant à leur bénéficiaire un droit de propriété sur les biens qui en constituent l'assiette, à l'ouverture d'une procédure collective,

¹¹²¹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, p. 277 et s.

¹¹²² *Ibidem*, n° 597; J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 486.

¹¹²³ V. art 55 à 66, 74, et 82 AUS. Seule le transfert fiduciaire de somme d'argent n'est pas soumis à la formalité de l'inscription au RCCM pour être opposable (v. art 89 AUS).

chacun des créanciers, usant de son droit de distraction, peut soustraire de la masse tous les actifs qui, seuls, pouvaient permettre une éventuelle poursuite de l'activité. L'entreprise ne peut être liquidée¹¹²⁴. Les intérêts des salariés et des créanciers, non-fournisseurs de biens ou de crédit, se trouvent par là même sacrifiés. Une fois en effet que les créanciers ont usé de leur « *Absonderungsrecht* » ou de leur « *Aussonderungsrecht* », une fois que les créanciers privilégiés tel le fisc ont été désintéressés, il ne reste plus rien à partager.

Pour clore il révèle que bien souvent même, la présence de nombreux créanciers titulaires de garanties sur la majeure partie des actifs de l'entreprise, constitue une cause de non-ouverture de la procédure de concours. Cela n'est bien entendu pas satisfaisant, car, alors, c'est la règle du chacun pour soi qui est appliquée par tous les créanciers.

931. Le système de l'aliénation fiduciaire a ainsi de graves inconvénients. Et c'est un fait qui laisse planer des doutes sur la capacité du système ou modèle allemand à favoriser le développement du crédit acheteur¹¹²⁵. Analysant la réforme française à l'époque, beaucoup d'auteurs¹¹²⁶ ont montré qu'elles pourraient non pas favoriser le développement du crédit acheteur, mais redonner une nouvelle vie au crédit fournisseur.

Pour RIFFARD¹¹²⁷, admettre une clause de réserve de propriété élargie, et reconnaître la cession fiduciaire de meubles corporels bouleverserait sans nul doute la physionomie du droit des sûretés. L'on risque fort de voir les vendeurs et les créanciers dispensateurs de crédit, attirés par l'apparente efficacité de la propriété sûreté, recourir massivement à ce type de sûreté. Les sûretés mobilières traditionnelles, et notamment le gage, seraient alors négligées

932. La quasi-totalité des arguments¹¹²⁸ avancés par le professeur LEGAIS, pour réfuter une généralisation de la propriété sûreté sont repris plus d'une décennie plus tard par d'autres auteurs qui eux aussi ont « *stigmatisé les effets pervers et paradoxaux d'une sûreté trop sure* ». Ainsi, en dépit de ses indiscutables et nombreux atouts, une généralisation de la propriété-sûreté ne paraît « ni légitime ni souhaitable », au regard des conséquences qu'un tel système engendrerait au niveau du droit des procédures collectives. Adopter le modèle

¹¹²⁴ V. R. HOUIN, « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », in J.C.P., 1980.I.2978. qui avait déjà souligné les dangers de cette garantie.

¹¹²⁵ M. PÉDAMON, « La réserve de propriété en droit allemand », G.P. 1981.1. Doc. 5, qui avait fait le constat de l'accroissement du volume du crédit fournisseur au détriment du crédit acheteur.

¹¹²⁶ V. Ch. GAVALDA, « La cession et le nantissement à un banquier créances professionnelles », D., 1981 chr., 199. n°51 ; P. DIDIER « Le crédit interentreprises », Entretiens de Nanterre, 1983, Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, J.C.P.C.I., n°45, p.6.

¹¹²⁷ J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n°479.

¹¹²⁸ *Ibidem*, p. 33.

allemand serait vider de toute sa substance le droit de l'insolvabilité, car ce serait admettre pour une entreprise la possibilité de n'avoir aucun actif, ses biens de production faisant l'objet d'un crédit-bail, ses créances présentes et futures étant cédées à titre de garantie et ses matières premières ayant été achetées sous réserve de propriété, laquelle couvrirait aussi, dès lors qu'elle serait prolongée, les stocks de produits manufacturés, etc.

Par ailleurs, la consécration de cette réticence vis-à-vis d'une généralisation de la propriété-sûreté est confortée par le fait que « *le droit classique des sûretés réelles mobilières fondé sur le nantissement semble être appelé à connaître une nouvelle jeunesse* ». La CNUDCI a en effet décidé d'en faire le point central de son projet de guide législatif sur les opérations garanties.

933. Enfin, à ceux qui préconisent, une extension de la réserve de propriété suivant le modèle allemand nous opposons le fait que « *cette extension n'est pas sans limites, et il demeure que la clause de réserve de propriété, malgré les quelques tentatives de la pratique pour étendre son domaine d'utilisation, reste fondamentalement une sûreté liée à une opération de vente* ».

934. Toutefois, ni l'extension de la clause de réserve de propriété ni l'adoption de la fiducie ne paraissent souhaitables. En effet, un tel mouvement risque d'avoir de graves conséquences sur l'évolution du droit des sûretés, qui verrait sa physionomie radicalement modifiée. La conséquence serait la désaffectation quasi totale, du moins en matière commerciale, des sûretés mobilières classiques, au profit de la cession fiduciaire. Le droit des sûretés apparaîtrait alors comme un système fondé de manière principale sur l'idée de propriété, dont les deux composantes seraient la fiducie-sûreté et la réserve de propriété; le gage traditionnel n'ayant plus qu'une fonction résiduelle, voire symbolique.

935. D'autres arguments pratiques pourraient être avancés pour réfuter l'extension du domaine d'application de la clause de réserve de propriété, car cela risque de soulever en pratique des problèmes difficilement surmontables. D'une part, cette extension implique nécessairement que soit réécrit l'article 1583¹¹²⁹ du Code civil relatif à la vente, ou tout du moins que son application soit écartée en matière commerciale. Or, toucher à cet article

¹¹²⁹ Art. 1583 C. CIV. « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore livrée ni le prix payé ».

fondamental du droit de la vente n'aurait pas manqué d'entraîner des bouleversements considérables¹¹³⁰. D'autre part, il semblerait que la mise en œuvre de la clause de réserve de propriété étendue puisse engendrer de graves difficultés. En effet, permettre au réservataire d'exercer son droit de suite sur un bien transformé implique nécessairement que soit calculé le montant de la valeur ajoutée au bien initial, sauf à pouvoir dissocier le bien rattaché du produit fini.

Enfin, il semblerait que cette sûreté ne présente pas le même attrait pour tous les créanciers. Car elle s'adresse en particulier aux fournisseurs, ainsi que, dans une moindre mesure, aux dispensateurs de crédit qui peuvent être subrogés dans les droits du vendeur réservataire¹¹³¹.

936. Un autre argument, tenant lui au droit des sûretés, pourrait être avancé, notamment à l'encontre des transferts à titre de garantie. L'utilisation de la propriété dans ce cas ne heurte-t-elle pas le principe du *numerus clausus* des sûretés réelles? Un débiteur ne peut, selon l'article 2093 du Code civil, soustraire ses biens aux poursuites de ses créanciers en dehors des règles légales. De plus, l'article 2094 du même Code énonce que « *les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* », cette liste étant strictement limitative.

937. Peut-on, dès lors, admettre l'utilisation du droit de propriété à titre de garantie¹¹³², alors même qu'aucun texte ne fait expressément de la propriété une sûreté réelle? Afin d'écarter cet argument, certains auteurs ont soutenu que faire de la propriété une sûreté ne revient nullement à créer une nouvelle sûreté. Au contraire, l'on ne ferait que redécouvrir « *l'une des facettes de cette institution* »¹¹³³. D'autres vont même jusqu'à affirmer que l'interdiction faite aux parties de créer de nouvelles sûretés devait être appréciée de manière très souple¹¹³⁴. Selon eux, seuls sont prohibés les conventions ou actes juridiques dont l'unique objet serait de conférer au créancier un droit de préférence, hors le cas des hypothèques et gages. Suivant cette doctrine, l'utilisation de la propriété à titre de garantie, engendre, par un mécanisme lié à l'autonomie de la volonté, bien d'autres conséquences. Elle doit donc être reconnue comme valable, quand bien même elle aboutit, en cas de concours, à avantager le

¹¹³⁰ Rapport CNC, *op. cit.*, p. 33.

¹¹³¹ Cass. Com. 15 mars 1988, D.1988 note F. PEROCHON ; Banque 1988, note Rives-Lange p. 486; JCP 1988 éd. E, II, 15221.

¹¹³² V. J. GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. S., 1981, chron., p. 1 et s.

¹¹³³ En ce sens: Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 353.

¹¹³⁴ P. VAN OMMELSLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, FEDUCI, Bruxelles, 1984, p. 345 et s.; contra v. D. LEGAIS, *op. cit.* p. 131.

créancier bénéficiaire. Cette position est quelque peu artificielle, puisque nous pouvons raisonnablement penser que les parties, notamment celles rompues à la vie commerciale, auront toujours à prendre en compte l'aspect de garantie que vont leur conférer directement ou non les mécanismes décrits.

938. Comme le disait un auteur « *contester le caractère trop efficace d'une sûreté, voilà qui peut paraître bien paradoxal !* »¹¹³⁵ Pourtant, il semble possible d'affirmer que la trop grande efficacité de la propriété-sûreté est de nature à susciter bien des réserves à son encontre.

Le caractère absolu de la protection du créancier titulaire d'un droit de propriété à titre de garantie peut avoir des conséquences néfastes, inévitables, voire choquantes. L'octroi d'une telle sûreté est qualifié péjorativement, et peut-être à juste titre, par certains auteurs comme constituant *un gaspillage de crédit*¹¹³⁶. En cédant son bien, qui généralement aura une valeur bien supérieure au montant de la créance garantie, le débiteur épuise en une seule fois la possibilité d'obtention de crédit¹¹³⁷.

Ensuite, la priorité absolue dont il jouit remet en cause la notion même d'ordre de préférence. Seraient ainsi primés les privilèges du Trésor, des salariés, autant de priorités qui si elles sont contestables dans leur forme actuelle, ne peuvent être remises en question. Comme le souligne M. le Doyen STOUFFLET¹¹³⁸, là est sans doute la question principale. Il est, en effet, évident que pour des raisons politiques, la jurisprudence et la doctrine se montrent réticentes à admettre un bouleversement « *des priorités établies par la loi pour des raisons d'intérêt public* ». Il est de plus, en notre sens, inacceptable de conserver un droit des sûretés à plusieurs vitesses.

939. Enfin, la généralisation de la propriété-sûreté risque, en dépouillant le patrimoine du débiteur de ses actifs, de vider en fait de son sens la règle de l'article 2284 du Code civil. Cette situation inégale est encore plus flagrante en cas de liquidation judiciaire, le créancier revendiquant son bien sans participer pour autant aux frais de la faillite. Il est en effet concevable qu'une entreprise ne soit propriétaire d'aucun de ses biens mobiliers, les nouveaux étant achetés sous réserve de propriété, les plus anciens transférés à titre de garantie

¹¹³⁵ J.-F RIFFARD, *op. cit.*, n°487.

¹¹³⁶ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, *Droit du crédit, Les cours de droit*, 1985, n°753.

¹¹³⁷ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°600.

¹¹³⁸ J. STOUFFLET, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », *Les sûretés*, FEDUCI, Bruxelles, 1984, p. 321.

à certains créanciers qui apparaissent ainsi ultra-privilegiés. Elle aurait, de plus, des conséquences dramatiques en cas de redressement judiciaire. Dans un tel cas, les créanciers propriétaires ne manqueraient pas de revendiquer leurs biens dès les premiers signes de faiblesse de l'entreprise, condamnant de fait celle-ci et sacrifiant ses salariés¹¹³⁹.

Certes, des correctifs pourraient être apportés, notamment en limitant le droit du créancier propriétaire à revendiquer son bien. Mais cela aboutirait à établir une distinction entre d'une part, le droit de propriété tel qu'il est conçu par le Code civil, et un droit de propriété affaibli, plus économique que juridique, dont bénéficierait le créancier garanti.

940. Ainsi, doit-on en conclure avec M. PÉDAMON¹¹⁴⁰ que « *le système de l'aliénation fiduciaire, comme celui de la réserve de propriété, ne constitue donc pas une potion magique propre à remédier aux maux de notre économie et à lui redonner toute sa vigueur* ». Il n'est guère étonnant que « *la jurisprudence, relayée par une partie de la doctrine, se soit montrée réticente à reconnaître la propriété en tant que moyen de garantie; et ce malgré les pressions exercées par la pratique, qui éblouie par ce miroir aux alouettes, croyait tenir en la propriété une sûreté quasi-absolue* »¹¹⁴¹.

941. En droit OHADA des sûretés, l'utilisation de la propriété à titre de garantie a été consacrée de façon prudente, car elle est circonscrite à certains actes bien définis. Cette limitation qui constitue une entrave à la pleine évolution de cette garantie trouve ses justifications selon le professeur CROCQ¹¹⁴² dans le fait « *qu'une admission générale de la propriété cédée à titre de garantie dans un droit qui, jusqu'à présent, n'en reconnaissait pas du tout l'existence aurait sans doute constitué un bouleversement beaucoup trop important du droit des sûretés de l'OHADA(...), et que la prudence imposait donc ici de n'admettre cette nouvelle sûreté que dans des hypothèses où son utilité pratique ne fait aucun doute, c'est-à-dire dans le cas de la cession de créance à titre de garantie et dans le cas du transfert fiduciaire d'une somme d'argent* »¹¹⁴³.

942. Il s'avère cependant que l'évolution actuelle en matière de sûreté réelle ne milite pas en faveur d'une généralisation ou d'une uniformisation qui serait axée sur la

¹¹³⁹Voir par exemple en Allemagne, où plus de 70% des procédures collectives ne sont pas ouvertes pour cause d'insuffisance d'actif, cité par D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 600.

¹¹⁴⁰M. PÉDAMON, *op. cit.*, p. 9.

¹¹⁴¹J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 491.

¹¹⁴² Il faut préciser que le professeur Pierre CROCQ, a participé activement en tant que président de la commission chargée de la réforme de l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés intervenues en décembre 2010.

¹¹⁴³P. CROCQ, *op. cit.*, p. 83.

propriété utilisée à titre de garantie. Le droit OHADA qui se veut avant-gardiste ne pouvait dans ce cas s'orienter dans cette voie déjà dénoncée au risque de faire *fausse route*¹¹⁴⁴.

On pourrait donc dire avec M. RIFFARD, que « *si le modèle allemand est de plus en plus contesté, force est de constater que le Livre IX UCC rencontre auprès des communautés juridiques étrangères, tant de tradition de Common Law que de droit civil, un succès croissant et non démenti* ». Ainsi, convient-il d'inviter le législateur africain à explorer cette nouvelle voie, pleine d'espoir et de promesses.

§2. Les autres possibilités envisagées

943. Suite au rejet de l'universalisation de propriété sûreté des alternatives furent proposées par la doctrine allant de l'abolition de la propriété sûreté (A) à son assimilation pure et simple (C) en passant par le maintien d'un certain bicéphalisme(B).

A. La suppression de la propriété sûreté

944. La question de la suppression pure et simple de la propriété sûreté a été envisagée pour régler le problème de la bipolarisation au sein du droit des sûretés réelles. L'antagonisme entre propriété sûreté et sûretés réelles traditionnelles a été analysé par BOUGEROL¹¹⁴⁵. Au terme de cette étude, elle a conclu à une nécessaire revalorisation des sûretés traditionnelles, mais il revenait toujours la question de la méthode la plus idoine.

945. D'une manière plus radicale, D. LEGEAIS a préconisé en matière de gage¹¹⁴⁶, la suppression du droit de rétention et de l'attribution judiciaire qui permettent de contourner l'ordre des privilèges. S'inscrivant dans cet esprit de rigueur, P. ANCEL a proposé de limiter le domaine d'application des situations d'exclusivité afin de limiter la concurrence avec les

¹¹⁴⁴ D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 625; J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 492.

¹¹⁴⁵ V. L. B.- PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, th., Paris II, 2010, préf. Pierre CROCQ, L.G.D.J., 2012, n°125 et s.

¹¹⁴⁶ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 122 ; D. LEGEAIS, « Droit de rétention du créancier gagiste », RD bancaire et fin. sept. 2008, comm. 139 : « Plutôt que de rétablir un droit de rétention problématique, il aurait été pertinent de s'interroger sur la nécessité de maintenir le droit de rétention lui-même, qui joue un rôle perturbateur dans l'ordonnement du droit des sûretés qui n'est guère satisfaisant ».

sûretés traditionnelles, en ne les rendant accessibles qu'aux créanciers les plus sacrifiés, par le biais d'interventions législatives restreignant la liberté contractuelle¹¹⁴⁷.

946. Même si cette voie a été empruntée par certaines législations¹¹⁴⁸, elle est réfutée et rejetée par une partie de la doctrine française. En effet, « *une telle mesure radicale est à l'évidence peu envisageable pour ne pas dire impossible* »,¹¹⁴⁹ voire « *irréaliste* ».

Au soutien de ce refus, il est avancé diverses raisons qui trouvent leur fondement dans la directive communautaire,¹¹⁵⁰ mais aussi dans le fait que la réserve de propriété n'est « *fondamentalement qu'une modalité contractuelle* ».

En substitution, il fut aussi suggéré de laisser cohabiter paisiblement les deux régimes dans le droit des sûretés réelles.

B. Le maintien de deux régimes différents

947. Une autre solution, à l'inverse, serait de se contenter d'une certaine forme de statu quo. La réforme serait limitée aux sûretés mobilières classiques et traditionnelles, et laisserait subsister à côté, intact, le régime de la propriété sûreté. Une telle approche pourrait se justifier si l'on fait le pari de voir les praticiens se détourner de la propriété-sûreté, dès lors qu'on leur offrira grâce à la réforme, un régime tout aussi simple et efficace. Il s'agirait alors de compter sur la propension naturelle ou supposée des créanciers à préférer les mécanismes classiques à tous autres succédanés ou palliatifs.

948. Traitant des droits exclusifs, L.-B. PRUD'HOMME évoqua aussi cette possibilité, en la désignant par « *la liberté contractuelle* »¹¹⁵¹ qui permettrait une coexistence des deux types de garanties à savoir : les situations d'exclusivités et le régime des sûretés traditionnelles. Pour elle, « *La rationalisation du droit des garanties résulterait alors principalement d'un retour à la cohérence des objectifs poursuivis par le législateur lorsqu'il détermine le sort des garanties réelles en cas de procédure collective. Dans le même temps, la réhabilitation des sûretés spéciales aurait certainement pour effet de détourner naturellement*

¹¹⁴⁷ P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *op. cit.*, p. 8 et 9.

¹¹⁴⁸ Notamment les Pays-Bas en 1992.

¹¹⁴⁹ J. -F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁵⁰ V. Directive 2000/35/CE en son article 4, remplacée par la Directive 2011/7/UE du 16 février 2011 en son article 9.

¹¹⁵¹ L. B.- PRUD'HOMME, *op. cit.*, n°126, p. 97.

les créanciers des droits exclusifs qui pourraient redevenir des « sûretés de complément », comme c'était le cas avant le déclin des garanties reposant sur un droit de préférence »¹¹⁵².

Mais, aussi belle soit cette proposition, pour RIFFARD, ce serait faire preuve, « *d'un trop grand optimisme* »¹¹⁵³. Car il estime que, ce pari dépend en grande partie, du droit des procédures collectives et non pas tant de la réforme du droit des sûretés. Et, « *tant que les droits des créanciers seront sacrifiés dans le cadre des procédures collectives, et tant que la propriété-sûreté continuera à leur permettre d'éviter un tel sacrifice, il est certain que ceux-ci n'auront guère d'envie de s'en détourner, quelle que soit la qualité de la réforme des sûretés mobilières proposées* ».

Ce compromis, bien qu'assez satisfaisant n'a donc pas recueilli l'assentiment total de la doctrine, d'où une troisième solution.

C. La technique de l'assimilation

949. Cette approche repose sur une idée simple: il s'agit, tout en la conservant, de soumettre fondamentalement la propriété-sûreté au même régime et aux mêmes règles que le gage réformé.

Cette approche est, celle qui est recommandée par le Guide Législatif dans la mesure où elle est seule compatible avec une approche fonctionnelle des sûretés¹¹⁵⁴. En effet, comme le notent les rédacteurs du guide, une législation globale sur les opérations garanties peut aboutir aux résultats escomptés soit en procédant au remplacement de toutes les sûretés préexistantes par une sûreté mobilière uniforme, soit au contraire en les conservant avec leurs diverses dénominations, mais en soumettant alors leur création et leurs effets aux mêmes règles

¹¹⁵² Idem. ; V. P. ANCEL, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », *op. cit.*, spéc. p. 7 et 8. Qui pense que, dans un tel cas, malgré la coexistence de plusieurs systèmes de garantie réelle, le seul reproche qui persisterait serait celui de la complexité du droit des sûretés.

¹¹⁵³ J. -F. RIFFARD, « Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », *Actes du colloque sur Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Perpignan, les 9 et 10 juin 2006, sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, éd. jura. et tech., 2006, n°178, p.114.

¹¹⁵⁴ V. J. -F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 38 et s., qui donnent les trois raisons majeures qui doivent militer en faveur d'une rationalisation des sûretés réelles mobilières par la technique de l'assimilation et ce quelle que soit la modalité adoptée. « En premier lieu, seule l'assimilation par le biais d'une approche téléologique permet, nous l'avons dit, de conférer au système uniforme de sûretés son homogénéité, et d'éviter que la pratique par de nouveaux instruments ne puisse remettre en cause la cohérence du système.

En deuxième lieu, cette intégration est tout à fait justifiée, notamment en ce qui concerne les transferts fiduciaires, notamment sur biens corporels », Mais il reconnaît qu'à ce niveau il ya des oppositions à cause de l'importance économique de la réserve de propriété dans certains pays notamment l'Allemagne.

« En troisième et dernier lieu, l'assimilation de la propriété-sûreté est d'autant plus cohérente qu'elle est dans la droite ligne de ce qui a été opéré dans le cadre d'autres projets internationaux ».

applicables aux autres sûretés réelles mobilières. En d'autres termes, l'assimilation peut se faire de deux manières : soit par le biais d'une intégration complète, qui aboutira en fait à une disparition de facto de la propriété-sûreté : on pourrait alors parler d'assimilation-fusion. Une telle approche est celle qui a été choisie par les rédacteurs de l'UCC article 9 qui ont fondu en une sûreté unique, le *Security Interest*, et toutes les formes de sûretés existantes, tout en les maintenant officiellement, soit par le maintien des deux blocs, lesquels seront, dans toute la mesure du possible, soumis à des règles similaires et parallèles: on parlera alors d'assimilation-harmonisation. Un exemple de cette forme d'assimilation peut être trouvé dans le Code civil du Québec qui a conservé la réserve de propriété tout en la soumettant dans de larges mesures¹¹⁵⁵ au régime de la sûreté de droit commun : l'hypothèque mobilière.

Entre ces deux méthodes, le projet de Guide Législatif a préconisé dans sa version initiale très clairement la première. La possibilité d'exclure les propriétés-sûretés de la définition du terme « *sûretés réelles mobilières* » tout en leur appliquant un régime parallèle foncièrement identique n'était aux yeux du Guide qu'un pis-aller, seulement destiné aux pays disposant d'un régime de propriété développé et qui pourraient être réticents voire opposés à toute idée de fusion radicale.

950. Le Guide semblait dans un premier temps préconiser la voie de l'assimilation-fusion. Toutefois, ce choix n'a pas été entériné par le Groupe de travail qui a décidé de maintenir l'option offerte entre les deux modalités, le législateur étant invité à choisir celle qui correspond le mieux à ses attentes et surtout à son environnement juridique et économique. Ainsi, dans une perspective purement propre au contexte du droit OHADA, il apparaît que la voie de l'assimilation par voie de règles séparées, mais en grande partie identiques doit être privilégiée.

Toutefois, elle n'est pas sans danger. En effet, comme l'a fait remarquer avec justesse un auteur¹¹⁵⁶, l'alignement du régime de la propriété-sûreté sur celui des sûretés classiques risque de consacrer un nouveau démembrement de propriété, la propriété-sûreté étant alors « un droit de propriété structurellement réduit à raison de sa finalité », démembrement dont il faudra alors tirer toutes les conséquences.

Cette position est partagée en partie par PRUD'HOMME, qui pense qu'une harmonisation et une rationalisation des sûretés en droit français devraient plutôt se limiter au « *droit*

¹¹⁵⁵En matière de publicité principalement.

¹¹⁵⁶V. P. CROCQ, « Dix ans après, l'évolution récente des propriétés sûretés »

commun » des procédures collectives¹¹⁵⁷. Elle soutient cette thèse par le fait que « *Les procédures d'insolvabilité sont en effet les seules hypothèses dans lesquelles il est nécessaire d'opérer un traitement collectif des créanciers dont le concours est en principe imposé* »¹¹⁵⁸.

Nonobstant cette réserve, la voie de l'assimilation-harmonisation continue d'être encouragée par RIFFARD parce qu'elle est selon lui plus en adéquation avec la tradition juridique française¹¹⁵⁹ et « *Elle permet en outre d'éviter les incohérences qu'engendre une assimilation-fusion* »¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁷ V. L. B.- PRUD'HOMME, *op. cit.*, n° 128, p. 98 ; en ce sens, D. LEGEAIS, « L'apport des marchés financiers au droit des garanties réelles », Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz, Litec, 1999, p. 365 et s., spéc., p. 370-371, qui insiste sur l'impératif de neutralité des procédures collectives, afin de réaliser l'unification et la simplification du droit des garanties réelles; comp. A. KORNMANN, « Propriété et procédures collectives: vers un succédané des sûretés? », in RJ com. 1991, 64, spéc., p. 67: « Peut-être serait-il plus prudent de s'orienter vers une unification des régimes de la propriété et des sûretés lorsqu'elles sont confrontées à une procédure collective. Mais, une fois de plus, l'unicité risquerait de tarir les sources du crédit ».

¹¹⁵⁸ L. B.- PRUD'HOMME, *op. cit.*, n° 128, p. 98.

¹¹⁵⁹ J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶⁰ *Idem.*

CONCLUSION DU CHAPITRE

951. Il ne fait aucun doute que l'acceptation d'un système modèle provenant d'un pays de tradition anglo-saxonne ne puisse se faire sans heurts.

Des arguments aussi bien juridiques que socio politique ont d'ailleurs été avancés pour réfuter ce modèle de rationalisation du droit des sûretés réelles. Et, diverses méthodes de rechange provenant de la doctrine et de systèmes juridiques voisins ont été proposées.

Au final, nous pensons que plutôt que de s'obstiner à camper sur un « *pseudo* » héritage juridique, il conviendrait alors dans l'optique d'un renforcement de l'efficacité de notre droit des sûretés réelles de s'approprier la pensée de PORTALIS qui déclare que : « *Le législateur ne doit pas perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois : qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites (...)* »¹¹⁶¹. C'est dire combien il est important, dans la conception des normes, de tenir compte des pratiques, des attentes de ceux à qui ces normes sont destinées.

¹¹⁶¹ Portalis, Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de code civil, an XI, cité par MVONDO Prosper, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, th., Strasbourg III, 1995, p. V.

Chapitre 2 : Pour une approche fonctionnelle adaptée au contexte du droit OHADA

952. L'approche fonctionnelle mesurée permet de ne pas occulter les différences de nature pouvant exister entre sûretés réelles mobilières dans leur éventuelle fusion ou rassemblement sous un régime unique.

953. En effet, à une différence de nature doit correspondre une différence de régime, ce qui conduit à rejeter une importation complète d'un système uniforme tel que celui mis en place par l'article 9 de l'UCC pour les sûretés mobilières. Nier les différences de régime, c'est par là même nier les différences de nature et restreindre la liberté des parties contractantes. Pour des raisons identiques, une telle approche n'est pas plus opportune dans le domaine des sûretés immobilières à l'égard desquelles, pour l'heure, la question ne se pose pas réellement. Certes, un tel système a le mérite d'éviter un contournement de la règle impérative par les créanciers qui n'ont d'autres choix que de se soumettre à un cadre unique. La liberté contractuelle est toutefois une valeur fondamentale de l'ordre juridique qui mérite également d'être protégée. Par ailleurs, le sort réservé aux créanciers titulaires de sûretés réelles préférentielles est très différent en droit OHADA et aux États unis. Or, préserver la sécurité du créancier quant au recouvrement de sa créance est une donnée importante en droit des sûretés notamment réelles.

954. Face à cette situation, une voie médiane peut être empruntée, mêlant approche fonctionnelle de la règle et de la notion de sûreté tout en respectant les différences de nature, et donc de régime, pouvant exister entre ces dernières.

Il n'est pas question de remettre en cause toutes les institutions actuelles, d'absorber toutes les sûretés réelles notamment mobilières, et ce, sans distinction, sous un seul concept pour mettre fin à cette impression de « *pagaille* »¹¹⁶² ou du moins à ces incertitudes juridiques.

L'essentiel est de rassembler certaines sûretés mobilières et d'en assujettir d'autres, selon deux manières: soit rassembler, sous un concept de sûreté fédérateur comme l'hypothèque mobilière, certaines institutions comme le gage ou le nantissement; soit qualifier de sûreté

¹¹⁶² V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, 8^e éd., LGDJ, 2014, n° 16, p. 11.

mobilière toutes les opérations contractuelles ou toutes les techniques juridiques qui auraient pour effet essentiel de garantir le paiement d'une obligation afin de mieux les assujettir à un régime unitaire d'opposabilité des sûretés mobilières.

955. La voie que nous choisissons est une combinaison des deux mécanismes à savoir d'une part la généralisation de l'hypothèque, d'autre part, de respecter la nature particulière de certaines garanties en les qualifiant seulement de sûretés par le procédé de l'application du principe de l'essence de l'opération.

Au regard des différentes expériences internationales, il nous est donc possible d'envisager une consécration de l'hypothèque (section 1) en droit OHADA, en tant que sûreté réelle unique. Il faut toutefois préciser l'organisation pratique de la généralisation de cette sûreté et ses effets sur les différentes catégories existantes de sûretés réelles en droit OHADA (section 2).

Section 1 : La possible consécration d'une sûreté réelle unique : L'hypothèque

956. *« L'hypothèque, tel que l'avaient comprise le droit romain et l'ancien droit primitif, pouvait porter sur les meubles aussi bien que sur les immeubles ; mais la consécration de la règle selon laquelle la propriété des meubles s'acquiert par l'effet de la possession devait entraîner la suppression de l'hypothèque des meubles. À cette première raison d'écarter l'hypothèque, des meubles devait s'ajouter une seconde, lorsque la publicité est devenue une pièce maîtresse du régime hypothécaire, car cette publicité est difficilement applicable aux meubles »*¹¹⁶³. À partir du moment où la règle « meubles n'ont point de suite par hypothèque » a perdu sa ou ses raisons¹¹⁶⁴ d'être du fait de l'atténuation considérable de la différence technique entre gage et hypothèque, la publicité permettant désormais d'organiser un droit de suite sur les meubles, plus rien ne s'oppose logiquement à une extension de l'hypothèque aux biens meubles.

957. La possibilité de faire de l'hypothèque la sûreté de référence aussi bien en matière mobilière qu'immobilière suscite un grand intérêt au niveau international depuis de

¹¹⁶³ V. G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 289, n° 465.

¹¹⁶⁴ V. dans ce N. BORGA, *op. cit.*, n°488. ; égal. M. VIVANT, « L'immatériel en sûreté », in Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz-Litec, 1999, p. 405 et s.

nombreuses années. Des auteurs, anciens et contemporains,¹¹⁶⁵ n'ont pas manqué de souligner cette possibilité dans leurs différents travaux.

Si certains États dans le monde ont déjà fait le grand saut, suivant en cela les évolutions dans la matière, d'autres restent hostiles à ce changement pour des raisons à la fois socio juridique et politique.

Aujourd'hui en droit OHADA des sûretés, malgré notre héritage juridique romano-civiliste, rien ne s'oppose fondamentalement à une évolution dans ce sens puisque d'autres législations de droit romano-civiliste ont pu s'engager dans cette voie avec d'ailleurs beaucoup de réussite.

En outre, même si cela n'est pas dit explicitement, le législateur OHADA n'est pas resté indifférent à cette évolution de la matière en faisant siennes certaines recommandations de la CNUDCI. Et, nous croyons qu'il est aujourd'hui possible d'envisager une uniformisation de notre droit des sûretés en consacrant l'hypothèque comme sûreté réelle unique en lui adjoignant le principe de l'essence de l'opération. Il convient donc de démontrer d'abord les avantages d'une telle généralisation (§.1), ensuite d'en expliquer les modalités qui passent par une mise en exergue de l'usage de la valeur à titre de garantie (§.2).

§1. Les avantages d'une généralisation de l'hypothèque aux meubles

958. Le reproche fait au droit français des sûretés, semble valable en droit OHADA, où le législateur a repris presque les mêmes erreurs « *en copiant le système allemand, en introduisant dans notre droit des principes et mécanismes telles la réserve de propriété ou les aliénations fiduciaires* ». Plus que la voie de la continuité, c'est celle de l'innovation qui paraît préférable. Seul un système de garanties similaires à celui mis en place au Québec nous semble de nature à satisfaire à la fois les impératifs du crédit et ceux de politique législative. Afin donc d'éviter toute confusion qui pourrait émerger de la différence de technique législative et des terminologies, notre préférence tendra vers le modèle québécois.

¹¹⁶⁵ V. A. BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, th., Paris, 1897 ; M. MOREL, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, th., Paris, A. Rousseau, 1902 ; D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créance*, préf. Ph. REMY, éd. Economica, 1987 ; C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Paris, Litec, 2001 ; G. AFFAKI, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, ouvrage collectif sous la direction Marie-Elodie ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 10 et s.

959. La proximité juridique entre notre droit des sûretés et celui du Québec, tous deux hérités du droit français, nous fonde à proposer une généralisation de l'hypothèque au bien meuble pour devenir ainsi la garantie principale.

Et, à côté de cette garantie « *unique* » subsisteront, en raison de leur nature, les propriétés sûretés, qui se verront reconnaître une véritable qualité de sûreté par application du double principe de la définition fonctionnelle des sûretés et du principe de l'essence de l'opération.

Le choix d'un système de sûretés plutôt qu'un autre doit obéir à certains critères. A ce propos, les affirmations de Roderick. A. MACDONALD et Isabelle DESCHAMPS, sont révélateurs de toutes les tractations qui gouvernent une réforme, aussi juridique soit-elle. Ils soutiennent ainsi qu'« *En matière de sûretés réelles, le véritable engin de modernisation du droit n'est toutefois pas le législateur. Celui-ci sert plutôt de véhicule de mise en œuvre de projets de réforme trouvant leurs origines dans deux autres sources: la pratique professionnelle, laquelle répond de façon ponctuelle aux besoins de la finance sans ambition de rationalité formelle ou de cohérence systémique; et la doctrine développée par les experts en réponse au désir des divers acteurs économiques nationaux, internationaux et multinationaux d'instaurer un droit rationnel, cohérent et surtout efficient* »¹¹⁶⁶.

960. Chaque système juridique présenté a dans la doctrine ses défenseurs. Par des voies souvent différentes, tous ces systèmes contribuent cependant au développement du crédit. Mais la préférence donnée par certains auteurs ou praticiens à un système plutôt qu'à un autre n'est pas toujours la conséquence d'un choix rationnel. Bien souvent, c'est le système le mieux connu qui est proposé. Définir des critères de choix, c'est rechercher à quelles exigences un système de garanties mobilières doit satisfaire. Des critères ont souvent été proposés par la doctrine¹¹⁶⁷.

Nous retenons principalement que le système choisi doit, outre les exigences du crédit(A), satisfaire celles de la politique législative¹¹⁶⁸(B).

¹¹⁶⁶ R. A. MACDONALD et I. DESCHAMPS, Planimétrie et topographie en droit des sûretés, essai présenté au colloque, « Les mutations de la norme et le renouvellement des sources du droit: le nivellement du droit » tenu les 18 et 19 novembre 2010 à l'université de Paris V- René Descartes, p. 3. Consultable ici : http://www.academia.edu/3830597/Planim%C3%A9trie_et_topographie_en_droit_des_s%C3%BBret%C3%A9s

¹¹⁶⁷ Pour une recherche permettant d'apprécier les qualités d'un système hypothécaire, cf. J. FLOUR, Cours de droit civil, Licence 3^e année, 1965-1966, Les cours du droit, p. 382.

¹¹⁶⁸ V. dans ce sens D. LEGAIS, *Les garanties conventionnelles sur créance*, préf. Ph. REMY, éd. Economica, 1987, n°567 et s.

A. La correspondance de l'hypothèque aux exigences économiques

961. Pour satisfaire les impératifs du crédit, le système juridique doit en premier lieu reposer sur des principes qui permettent la constitution de garanties ayant une assiette étendue ou qui favorise l'accroissement du crédit acheteur (1). En second lieu, il doit prendre en considération les exigences bien comprises des divers acteurs de la vie économique (2).

1. Le développement du crédit acheteur

962. De nombreuses études aussi bien économiques que juridiques¹¹⁶⁹, ont démontré qu'il est plus profitable pour un état de favoriser le développement du crédit acheteur¹¹⁷⁰ compte tenu de la faible portée économique du crédit fournisseur.

963. Le crédit acheteur peut être défini comme un financement bancaire consenti à l'entreprise pour lui permettre de régler comptant ses fournisseurs. La banque, en permettant par ses avances à l'entreprise de régler son fournisseur, se substitue à ce dernier en devenant elle-même créancière de l'entreprise.

Le crédit acheteur serait avantageux pour l'entreprise et sa banque. Pour l'entreprise, un tel crédit aurait en premier lieu des *avantages financiers*. Le crédit acheteur entraînerait une réduction du crédit interentreprises. Il en résulterait, affirment certains économistes un allègement du crédit acheteur, ce qui conduirait à une réduction des charges financières des entreprises. Le crédit acheteur présenterait en second lieu des *avantages économiques*. Les liquidités dégagées pourraient être utilisées à d'autres emplois, notamment dans le cycle d'investissement. Pour la banque, l'avantage du crédit acheteur résiderait principalement dans sa *simplicité*.

Ainsi, le crédit acheteur doit se traduire par une diminution des taux d'intérêt fixés par les banques. Permettant une meilleure appréciation par les prêteurs des risques assumés, il devrait favoriser un accroissement du volume des concours financiers accordés aux entreprises.

¹¹⁶⁹ V. D. LEGEAIS, *op.cit*, 570 et s.

¹¹⁷⁰ v. A. A de SABA, La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales; droit de l'OHADA et pratique Européenne, 2^e éd. Global Finance Securities, coll. Pratiques judiciaires et législatives, 2011, n°498, p.240., qui soutient que : « une analyse des systèmes de financement en Afrique montre qu'à côté du crédit bancaire réservé à une minorité disposant de garanties patrimoniales, une partie importante des activités est financée par le crédit fournisseur et le crédit familial... ».

964. Le rôle des banques dans un système de crédit acheteur ne pourrait être occulté. Ce sont elles qui doivent consentir les crédits nécessaires au paiement comptant des marchandises. Le système de garanties doit rendre possible ce rôle économique important des établissements de crédit¹¹⁷¹. Pour cela, l'efficacité des garanties doit être totale. Des banques ne peuvent accepter de s'engager si le remboursement des sommes prêtées est trop aléatoire.

965. Le système de l'hypothèque mobilière paraît préférable en ce qui concerne notre droit des sûretés réelles. Elle suppose que soit organisée une publicité des opérations juridiques, que soient fixés des principes permettant de classer les différents créanciers. Le régime hypothécaire traduit ainsi une *dématérialisation* du droit des garanties. La protection du créancier n'est pas assurée par la détention d'un bien ou la reconnaissance d'un droit de propriété. Elle l'est par la seule publication d'un droit qui devient opposable *erga omnes*. Un tel perfectionnement de la technique de garantie offre de multiples possibilités aux parties. Elle permet la constitution de plusieurs droits ayant pour support un même bien. Elle laisse au constituant la maîtrise de ses prérogatives sur le ou les biens qui forment l'assiette de la garantie. La qualité de créancier, les prérogatives de propriétaire ne sont pas transmises au créancier bénéficiaire de l'hypothèque.

2. Au regard des impératifs du crédit

966. Le système de l'hypothèque mobilière est d'origine relativement récente. Une hypothèque ayant pour assiette des meubles, certes concevable, n'était alors cependant pratiquement pas envisageable, en raison du formalisme et donc du coût de sa mise en place. Ces deux critiques majeures qui étaient formulées à l'encontre du système hypothécaire ne sont aujourd'hui presque pas d'actualité.

967. Le système de l'hypothèque mobilière permet de satisfaire de nombreux impératifs du crédit. S'il en est ainsi, c'est en premier lieu parce que l'hypothèque peut avoir une assiette très étendue; elle peut porter sur toutes les créances actuelles ou futures, mais également sur les autres biens mobiliers du constituant. Une sûreté unique permet de garantir tous les crédits consentis à un débiteur. En second lieu, le système d'hypothèque mobilière permet la prise en considération des intérêts des divers acteurs de la vie juridique. La publicité

¹¹⁷¹ G CELCE, p. 242 cité par D. LEGEAIS.

de la garantie permet en effet d'assurer une totale sécurité du commerce juridique. Les droits publiés sont inattaquables, et opposables *erga omnes*. Les titulaires de garanties n'ont donc pas à craindre le concours avec des créanciers dont ils ignoreraient l'existence. Les tiers peuvent facilement obtenir les informations relatives au passif garanti de leur cocontractant. Enfin, pour le débiteur constituant, le système hypothécaire est satisfaisant, car il évite tout gaspillage du crédit leurs droits ne pouvant être contestés, les créanciers ne cherchent pas à se « *surgarantir* »¹¹⁷².

Ces diverses qualités du régime hypothécaire n'ont jamais été contestées ; elles ont même permis le succès de l'hypothèque immobilière. Ce système en apparence si satisfaisant n'a cependant pas été étendu aux meubles. S'il en a été ainsi, c'est parce que les défauts propres à l'hypothèque mobilière ont toujours paru constituer un obstacle à sa mise en place.

968. À elle seule, l'analyse des impératifs du crédit permet, on le constate, de découvrir un grand nombre de critères de choix. D'autres doivent cependant être ajoutés afin que le système proposé puisse être compatible avec les exigences de politique législative.

B. La satisfaction des exigences de politique législative

969. Le choix d'un système de garanties ne saurait être fait in abstracto. Des institutions, des mécanismes juridiques ne peuvent être satisfaisants que s'ils s'intègrent parfaitement à l'ordre juridique existant soit- il interne (1) ou international (2).

1. L'intégration à l'ordre juridique interne

970. Dans un domaine tel celui du crédit, il serait dangereux d'introduire des règles dont la mise en œuvre pourrait se révéler délicate. Pour la sécurité du commerce juridique, il est même essentiel que les praticiens d'une part, les interprètes d'autre part, puissent assimiler et appliquer facilement les règles nouvelles. Ainsi, paraît-il nécessaire que le système choisi soit celui qui respecte le plus notre héritage juridique, qui se concilie le mieux avec certains principes fondamentaux de notre droit.

¹¹⁷² V. D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°603.

Ce critère de politique juridique, aussi essentiel soit-il, ne peut plus aujourd'hui être considéré comme suffisant, l'existence d'un ordre juridique international ne saurait être ignorée.

Le système que l'on se propose d'introduire doit être facilement assimilable par les acteurs du commerce juridique ; il doit donc reposer sur des institutions ou des principes connus de notre droit ou au moins conciliables avec celui-ci.

971. Le système de l'hypothèque mobilière pourrait, pensons-nous, facilement être introduit dans notre ordre juridique. Le droit OHADA ayant déjà organisé un régime unique de publicité des sûretés réelles il convient de l'améliorer et de le parfaire vu son rôle incontournable et primordial dans l'information et la protection de tous les acteurs du crédit. Toutes les études ont en effet montré que le développement de la publicité était une des conditions requises pour le développement de la distribution du crédit.

972. Le système de l'hypothèque mobilière, même s'il est principalement adopté par des pays de *Common Law*, peut très bien être introduit dans des systèmes de tradition romano-germanique. L'exemple de la province de Québec et aussi de la Roumanie en 2011 est de nature à lever toutes les réserves qui pourraient subsister. Le Code civil québécois est profondément inspiré du Code civil français. Pourtant le comité chargé de la réforme du droit des garanties a conclu que le système de l'hypothèque mobilière était celui qui aujourd'hui présentait le plus d'intérêts pour le commerce juridique. La consécration de l'hypothèque mobilière ne semble pas avoir suscité de difficultés théoriques ou pratiques particulières. Le choix du système de l'hypothèque mobilière semble dès lors bien s'imposer. Il ne pourrait en être autrement que si la généralisation de l'hypothèque mobilière devait constituer un obstacle à l'unification du droit.

2. L'intégration à l'ordre juridique international

973. En raison du développement du commerce international, nous constatons un rapprochement inexorable entre le droit des garanties des principaux pays. Aujourd'hui, en effet, il est bien difficile pour le créancier d'une entreprise étrangère de se protéger efficacement, les garanties reconnues par un pays ne l'étant pas par d'autres. Seule la création d'une garantie internationale, ou l'unification progressive des droits des différents pays pourrait permettre de satisfaire aux exigences du commerce juridique international.

Le processus en vue de l'élaboration d'un droit international des garanties paraît bien engagé. L'entreprise aura d'autant plus de chance d'être couronnée de succès que les systèmes juridiques des pays concernés ne différeront pas trop fondamentalement les uns des autres. Notre choix doit donc se porter sur le système juridique qui est le plus à même d'être adopté par un grand nombre de pays.

Ainsi, dès lors que l'on cherche à découvrir le système juridique qui satisfait le mieux aux divers impératifs qui doivent être pris en considération, c'est un faisceau de critères de choix qui doit être retenu.

Le système de l'hypothèque mobilière peut constituer le support d'une unification du droit des garanties. Il existe au moins deux raisons de le penser. D'une part, il va dans les années à venir être introduit dans un assez grand nombre de pays (a). D'autre part, il semble parfaitement adapter aux exigences du commerce juridique international (b).

a. Le développement prévisible du système de l'hypothèque mobilière

974. De nombreux éléments permettent d'affirmer que l'hypothèque mobilière est le système de garanties de demain.

En premier lieu, il apparaît que seule cette garantie pourrait être l'objet d'une convention européenne ou internationale.

En second lieu, il est remarquable de constater que l'hypothèque mobilière est une sûreté qui est ou va être consacrée dans des pays de tradition juridique différente. D'une part, le système de l'hypothèque mobilière va peu à peu être reconnu par tous les pays de *Common Law*. L'UCC semble en effet faire tâche d'huile. Des réformes ont été adoptées dans ce sens en Roumanie, en Chine, en Australie, et en Nouvelle-Zélande. D'autre part, le système de l'hypothèque mobilière paraît avoir les faveurs de la doctrine dans divers pays de la famille romano-germanique. En Allemagne, tout comme en Suisse et en France beaucoup d'auteurs se prononcent pour l'admission de principes similaires à ceux affirmés par l'U.C.C.

Un tel attrait pour le modèle américain, que l'on découvre dans un aussi grand nombre de pays ne doit pas surprendre : non seulement le système de l'hypothèque mobilière satisfait particulièrement aux impératifs du crédit, mais encore c'est lui qui apparaît comme le mieux adapté aux exigences du commerce juridique international.

b. L'adaptation du système de l'hypothèque mobilière aux exigences du commerce juridique international

975. Caractérisé par l'unicité et la publicité de la garantie qu'il reconnaît, le système hypothécaire peut favoriser le commerce juridique international. Il est en effet une source de simplification des relations juridiques. Il est plus facile de constituer une garantie ayant une assiette générale que d'en constituer une pour chaque type de biens mobiliers.

976. Le système hypothécaire est également une source de sécurité du commerce juridique. Les créanciers étrangers d'un débiteur peuvent facilement obtenir des informations relatives aux garanties déjà consenties. En publiant leur garantie, ils sont assurés de son opposabilité et de son rang. Ils n'ont pas à craindre, en cas de défaillance de leur débiteur, l'apparition de créanciers bénéficiaires de garanties occultes.

Le système de l'hypothèque mobilière est donc bien celui qui satisfait le mieux aux exigences bien comprises du commerce juridique international. En outre, son instauration permettra un usage optimisé de la valeur intrinsèque du bien sur lequel est constituée la garantie.

§2. L'usage de la valeur du bien à titre de garantie

977. Ce droit sur la valeur a été affirmé clairement par certains auteurs français¹¹⁷³, tels que Simon QINCARLET, Christian MOULY, Michel CABRILLAC et Christian ATIAS, dans le domaine des sûretés. Selon ces auteurs, le régime général des sûretés réelles doit être guidé par la liberté d'exploiter ses actifs au mieux de ses intérêts, la valeur étant seule affectée en garantie au profit du créancier garanti.

Les professeurs MOULY et CABRILLAC pensent d'ailleurs que : *« au lieu d'exploiter l'utilité directe du bien, le constituant exploite la valeur qu'il recèle en conférant au créancier un droit sur elle susceptible d'être exercé dès qu'il apparait. La méthode respecte le bon sens*

¹¹⁷³ S. QINCARLET, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, th., Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérou, 1937, p. 520 et 521 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 567, p. 413 et s ; Ch. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil* Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283, fasc. 5, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles, n° 4, 30, 32, et 33; Ch. ATIAS, « La valeur engagée sur l'objet du gage », dans *Le gage commercial*, Colloque de Deauville, les 11 et 12 juin 1992, Association Droit et commerce, R.J. com. 1994.72 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014, n° 1204.

en permettant de laisser au constituant, par certaines techniques, l'utilité du bien pendant que le créancier dispose d'un droit sur la valeur »¹¹⁷⁴.

Quant à Simon QUINCARLET, parlant du contrat de gage, Il a proposé de définir le gage comme un droit préférentiel sur la valeur du bien affecté à la garantie. Pour reprendre son idée, le gage serait « *l'affectation directe et immédiate à la garantie d'une créance de la valeur économique d'un bien déterminé* »¹¹⁷⁵. Le droit de gage proprement dit « *traduit juridiquement l'appropriation de la valeur économique du bien considéré par le créancier* »¹¹⁷⁶. Selon cette idée reprise par d'autres auteurs¹¹⁷⁷, la valeur est l'objet véritable de l'affectation. Sous couvert d'une commodité de langage et de perception, la valeur demeure masquée derrière un bien ou un ensemble de biens qui ne sont qu'en apparence objet de la sûreté réelle.

Reprenant en partie la perception plus poussée de Christian MOULY et François JACOB¹¹⁷⁸ sur l'étendue de l'application du droit sur la valeur, une auteure contemporaine¹¹⁷⁹ a renouvelé et approfondi cette notion. Pour elle, le droit sur la valeur pourrait s'appliquer aisément « *à toute forme de sûreté mobilière et notamment l'hypothèque mobilière* ».

978. La loi devrait donc permettre à toute personne d'utiliser la valeur intrinsèque totale de son bien pour obtenir un crédit.

La reconnaissance du droit sur la valeur permet, d'une part, de revoir la notion de bien en éliminant toute référence aux corps matériel ou immatériel des choses et, d'autre part, de proposer une nouvelle définition de la notion de sûreté réelle. Sa consécration est d'autant plus aisée puisque ce droit sur la valeur bénéficie d'une reconnaissance interne, au niveau du

¹¹⁷⁴ V. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 567.

¹¹⁷⁵ S. QUINCARLET, *op. cit.*, p. 521.

¹¹⁷⁶ *Ibid.* p. 520 et 521.

¹¹⁷⁷ En ce sens, M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, *loc. cit.*; C. ATIAS, *op. cit.*, n° 72-80; J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n° 656, p. 234.

¹¹⁷⁸ Selon Ch. MOULY et F. JACOB: « L'hypothèque est un droit réel sur un autre droit, mobilier ou immobilier, toujours accessoire à la créance dont elle garantit le paiement, indivisible et qui, sans déposséder le constituant, confère à son titulaire la possibilité de se faire payer par préférence sur la valeur du droit, saisi au besoin dans quelque patrimoine qu'il se trouve [...] dans chaque analyse, l'hypothèque apparaît comme un droit cantonné à la valeur du droit que le constituant détient sur le bien grevé [...]. Ainsi donc l'hypothèque ne porte pas vraiment sur le bien grevé; elle porte sur le droit possédé sur ce bien. Plus précisément, l'hypothèque porte non sur la totalité du droit, mais simplement sur la valeur de ce droit. Plus précisément encore l'hypothèque porte sur la contre-valeur en argent de ce droit ». Christian MOULY et François JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, fasc. 5, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles, n° 4, 30, 32, et 33.

¹¹⁷⁹ A. B. ADIBA, *op. cit.*, n° 244, qui estime que : « le droit préférentiel sur la valeur concédé par le constituant au créancier gagiste ou hypothécaire opère pour l'ensemble des sûretés mobilières et dépasse ainsi largement le contrat de gage. Plus encore, l'intérêt actuel de voir reconnaître un tel droit préférentiel sur la valeur est d'en faire l'élément à la fois générateur et fédérateur en droit des sûretés mobilières pour précisément qualifier une opération de garantie en une sûreté mobilière ».

droit des sûretés OHADA, qu'international¹¹⁸⁰. Dans le domaine du droit des sûretés, la consécration du droit sur la valeur permettrait de fournir une assise théorique au concept d'hypothèque mobilière et rendrait possible son instauration pour la prise en garantie des biens meubles corporels et incorporels.

Pour ce faire, le régime devrait avoir une portée aussi large que possible, ce qui signifie que la loi devrait s'appliquer à tous les types de débiteurs (en d'autres termes aux personnes morales ou physiques, qu'elle doit permettre de grever différents types de biens (biens meubles corporels et incorporels, ainsi que biens présents et futurs) et de garantir les obligations les plus diverses possible (futurs, conditionnelles, monétaires et non monétaires) par des sûretés réelles, mais aussi qu'elle doit autoriser la création de plusieurs sûretés réelles sur les mêmes biens par le même constituant en faveur de différents fournisseurs de crédit.

979. Par ailleurs, le droit des sûretés OHADA à l'instar du droit français, souffre d'un éparpillement des régimes de sûretés mobilières portant sur des biens incorporels et sur des biens corporels. Le législateur OHADA a instauré des régimes différents¹¹⁸¹ entre le gage avec et sans dépossession sur des biens corporels, le gage sur les stocks, la cession de créances professionnelles, les nantissements sur des créances, sur des valeurs mobilières, des fonds de commerce, des droits de propriété intellectuelle, et les nantissements sur des biens incorporels autres que des créances peuvent se voir appliquer le régime du gage sur des biens corporels. Les incohérences juridiques produites par une telle inflation législative ont déjà été dénoncées¹¹⁸².

980. Dans ces conditions, l'hypothèque (mobilière et immobilière) devrait permettre d'offrir une forme de sûreté fédératrice portant indifféremment sur un bien corporel ou sur bien incorporel et sous les mêmes conditions de formation et d'opposabilité. Pour cela, son mécanisme doit prendre appui sur un concept théorique. Cette assise théorique se trouve dans la notion de droit sur la valeur. Ce droit sur la valeur pourra dépasser les délimitations encore existantes entre le gage, le nantissement et l'hypothèque. Le clivage entre les sûretés portant

¹¹⁸⁰ v. M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, n°503 et s; v. en droit canadien A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°384.

¹¹⁸¹ Pour N. BORGA en plus de la suppression des « garanties inutiles » qu'il préconise, il faut parvenir au « dépassement de l'opposition entre meubles corporels et incorporels » et partant de la fin du cloisonnement opéré entre gage et nantissement car selon lui « dans un cas comme dans l'autre, la technique utilisée est identique. Seule la nature corporelle ou incorporelle du bien préside à la qualification. Ce seul élément ne justifie pas une différence de qualification ». N. BORGA, *op. cit.*, n° 490 et 491.

¹¹⁸² V. G. AFFAKI, *op. cit.*, n°7.

sur les biens corporels et sur celles portant sur des biens incorporels devra aussi être transcendé pour parvenir à une cohérence du système interne des sûretés réelles.

981. Plusieurs formes de sûretés appelées soit gage, soit nantissement, prévues en droit OHADA, utilisent la valeur du bien remis en garantie. Le nantissement de créances, le nantissement de compte-titres, le gage du solde d'un compte bancaire, le gage de stocks, le nantissement de fonds de commerce, le nantissement de parts sociales sont autant d'exemples significatifs. Au regard de l'importance de la place du mécanisme du droit préférentiel sur la valeur au sein du droit OHADA des sûretés. Il nous semble très plausible d'envisager l'érection de ce droit préférentiel sur la valeur comme un critère de qualification de la notion de sûreté réelle¹¹⁸³.

982. Le droit sur la valeur devrait être consacré comme fondement théorique permettant ainsi de ne plus considérer la distinction des biens corporels et des biens incorporels comme suffisante. Ce droit sur la valeur conduirait à envisager aussi une nouvelle définition de la notion de sûreté réelle. Ce droit préférentiel sur la valeur qui porterait sur un bien meuble ou sur un groupe de biens meubles afin de garantir l'exécution de l'obligation du débiteur serait alors proposé à titre de définition. En effet, les différentes formes de gage, de nantissement ou d'hypothèques prévues en droit OHADA utilisent le droit préférentiel sur la valeur d'un bien meuble ou immeuble au stade de la constitution, mais aussi lors de la réalisation desdites sûretés. Ainsi, le droit sur la valeur pourrait être facilement consacré par le législateur, ce qui permettrait surtout d'instaurer plus facilement l'hypothèque mobilière.

983. L'élection de l'hypothèque comme concept unique de sûreté réelle trouve donc ses fondements aussi bien dans l'évolution historique de cette technique que dans son usage actuel. Elle présente l'avantage de répondre aux attentes économiques et de politique législative adoptées dans le cadre du droit OHADA. En outre, sa parfaite adaptation à l'évolution de la nature des biens a été parfaitement démontrée.

Si légitimement rien ne semble s'opposer à son adoption en droit OHADA, il convient cependant d'en préciser les modalités d'application.

¹¹⁸³ V. dans ce sens A. B. ADIBA, *op. cit.* n° 365 et s.

Section 2 : L'organisation de la généralisation de l'hypothèque et ses répercussions sur les différentes catégories de sûretés réelles

984. Il n'est pas question de remettre en cause toutes les institutions actuelles¹¹⁸⁴, d'absorber toutes les sûretés réelles notamment mobilières, et ce, sans distinction, sous un seul concept pour mettre fin à cette impression de «*pagaille*»¹¹⁸⁵ ou du moins à ces incertitudes juridiques.

Il s'agit plutôt de mettre un terme au «*bipolarisme*»¹¹⁸⁶ au sein des sûretés réelles qui oppose sûretés réelles classiques et propriété-sûreté.

L'essentiel est de rassembler certaines sûretés mobilières et d'en assujettir d'autres, selon deux manières: soit rassembler, sous un concept de sûreté fédérateur comme l'hypothèque mobilière, certaines institutions comme le gage ou le nantissement; soit qualifier de sûreté mobilière toutes les opérations contractuelles ou toutes les techniques juridiques qui auraient pour effet essentiel de garantir le paiement d'une obligation afin de mieux les assujettir à un régime unitaire d'opposabilité des sûretés mobilières.

985. Tout d'abord, nous donnerons un aperçu du régime de l'hypothèque mobilière en droit OHADA (§1) qui pour sa consécration sera articulée avec le principe de l'essence de l'opération (§2). Ensuite, nous examinerons les incidences juridiques du fait de l'instauration du seul concept de l'hypothèque mobilière sur les différentes catégories de sûretés réelles mobilières avec et sans dépossession (§ 3).

§1. Un aperçu du régime de l'hypothèque mobilière en droit OHADA

986. Il s'agira de préciser pour nous de préciser d'abord le domaine(A) et ensuite le régime juridique (B) de cette sûreté réelle mobilière en droit OHADA des sûretés.

¹¹⁸⁴ V. dans ce sens A. B. ADIBA, *op. cit.*, p. 353 à 446, v. n°477.

¹¹⁸⁵ V. L. AYNÈS et Ph. CROCQ, *Les sûretés. La publicité foncière*, L.G.D.J., 8^e éd., 2014, n° 16, p. 11.

¹¹⁸⁶ V. J. F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 30.

A. Le domaine de l'hypothèque mobilière

987. Presque comme dans le cas de la constitution d'une hypothèque sur un immeuble, l'hypothèque mobilière pourra être consentie par presque toutes les personnes (1) avec une assiette étendue (2).

1. Les personnes autorisées à consentir des hypothèques

988. L'hypothèque mobilière est une garantie qui ne devrait pas être consentie que par les *professionnels*¹¹⁸⁷. Les objections traditionnelles quant à sa généralisation n'existant plus, il nous semble opportun dans le but de favoriser le développement du crédit, de permettre à toute personne d'utiliser son bien ou du moins sa valeur pour obtenir légalement du crédit. L'argument de la sécurité des particuliers qui engageraient la totalité de leur bien pourra être écarté par la fixation d'un plafond dans le crédit maximal à emprunter dans le cas des particuliers afin d'éviter tout abus.

Techniquement, cet élargissement pourrait se réaliser le plus facilement possible puisqu'il existe déjà un registre du commerce et du crédit mobilier qui a vocation à être de plus en plus efficace avec son informatisation. À ce registre, il faudrait adjoindre, pour plus d'informations sur les emprunteurs, l'instauration des bureaux d'informations sur le crédit¹¹⁸⁸.

2. Assiette de l'hypothèque mobilière

989. L'hypothèque mobilière doit être une sûreté générale susceptible de porter sur tous les biens mobiliers d'un débiteur sans distinction. Il faut donc que cette garantie soit substituée à toutes les sûretés réelles mobilières sans dépossession qui existent déjà et dont le caractère hétérogène a été souligné et critiqué: hypothèques maritimes, fluviales et aériennes, nantissements de films, nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. L'instauration de l'hypothèque mobilière permettra ainsi de réaliser l'unification souhaitable des garanties.

¹¹⁸⁷ Contra. V. D. LEGEAIS, *op. cit.* n°629 et s.

¹¹⁸⁸ V. *infra*, p. 465.

L'hypothèque devra ensuite être étendue, aux autres biens qui jusqu'alors ne pouvaient qu'être remis en gage ou nantissement, principalement les marchandises et les créances¹¹⁸⁹. Par un même acte, il sera ainsi possible de constituer une garantie ayant pour assiette des meubles corporels et incorporels.

990. L'hypothèque mobilière devra enfin pouvoir être consentie sur *les meubles présents et futurs* du débiteur. Une telle extension est nécessaire à la protection des intérêts des créanciers, car les stocks se renouvellent et les créances ont vocation à s'éteindre.

L'assiette de l'hypothèque mobilière pourrait ainsi être très large.

Cette absence de limitation de l'assiette de l'hypothèque présentera de multiples intérêts. D'une part, l'unicité de la garantie sera une source de *simplicité* et donc d'économie. Un même acte permettra la constitution d'une garantie valable plusieurs années. Aucune formalité ne sera nécessaire pour tenir compte de la modification de la composition du patrimoine du constituant. D'autre part, la reconnaissance d'une hypothèque générale facilitera le développement du crédit acheteur. « *L'hypothèque mobilière pourra ainsi être le support juridique du crédit acheteur, comme l'escompte l'a été pour le crédit fournisseur* »¹¹⁹⁰. Pour que cette évolution se produise, il faut que le régime juridique de la garantie contribue également à son efficacité.

B. Le régime juridique de la garantie hypothécaire

991. L'introduction d'un système hypothécaire permettra d'une part de soumettre toutes les garanties à des règles de constitution presque identiques (1), d'autre part, d'aménager leurs effets en tenant compte de la nature des biens sur lesquels elles portent (2).

1. Les regels de sa constitution

992. L'hypothèque pour être opposable aux tiers devra être inscrite à un registre. Il importe que les informations enregistrées permettent l'identification du débiteur, du créancier et des biens hypothéqués.

¹¹⁸⁹ Contra. D. LEGEAIS, *op. cit.* n° 634 et s., qui pour les créances préfère, l'usage du gage avec un domaine restreint aux créances, à l'hypothèque.

¹¹⁹⁰ V. D. LEGEAIS, *op. cit.*, n°630.

D'autres formalités pourraient être imposées en tenant compte que de la spécificité de chaque État membre.

L'exigence par exemple d'un acte écrit légalisé ou établi en présence de témoins pourrait se faire en tenant compte de la valeur du bien remis en garantie.

Pour l'essentiel, les parties devront simplement s'assurer qu'elles constituent véritablement un contrat destiné à garantir l'exécution d'une obligation ou le paiement d'une créance.

993. Pour reprendre l'idée de D. LEGEAIS,¹¹⁹¹ on dira que pour faciliter la constitution de la garantie, des terminaux devront relier les banques et certains organismes aux mémoires regroupant les informations. Les créanciers pourront ainsi facilement se renseigner.

Grâce aux techniques de télétransmission, les formalités de constitution seront accomplies en un trait de temps.

L'informatisation de l'enregistrement des hypothèques allégera sensiblement la charge des greffes des tribunaux qui ont vocation à tenir ce registre.

994. Une exigence formelle de spécification commune à l'ensemble des sûretés réelles conventionnelles pourrait être adoptée à travers un nouvel article dans l'AUS qui disposera que : « *Tout contrat visant à garantir l'exécution d'une obligation doit être constaté par écrit. À peine de nullité, l'acte doit mentionner la dénomination de la sûreté réelle souscrite, le ou les biens affectés en garantie ainsi que le montant de la ou les créances garanties.*

S'il s'agit de créances futures, elles doivent être déterminables.

En cas de contradiction entre la dénomination conférée à l'acte par les parties et le contenu de l'engagement, il revient au juge de le requalifier suivant l'essence de l'opération... ».

2. Les effets de la garantie hypothécaire

995. L'instauration du régime d'hypothèque mobilière ne doit pas constituer une entrave à la rapidité et à la sécurité des relations commerciales. Aussi, tant que l'entreprise ou la personne qui a constitué la garantie sera *in bonis*, tout devra se passer comme si aucune

¹¹⁹¹ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 632, p. 343 ;

garantie n'avait été constituée. Le constituant pourra disposer des biens offerts en garantie. Seuls les agissements frauduleux de sa part ou de celle des créanciers seront sanctionnés.

En cas de détérioration de la situation du débiteur, les créanciers garantis pourront renforcer leurs droits. Ainsi des notifications pourront être adressées aux clients pour leur interdire par exemple d'avoir à payer leur facture entre les mains de leur créancier initial. Lorsqu'une procédure collective sera ouverte, les créanciers recevront leur paiement suivant le rang de leur inscription sur les différents biens du débiteur. L'ordre des créanciers étant facile à établir, ces derniers seront, à la différence de ce qui se passe aujourd'hui, rapidement désintéressés.

L'instauration du système de l'hypothèque dans notre droit des sûretés pour une meilleure articulation devra cependant se voir adjoindre le principe de l'essence de l'opération afin d'une prise en compte de la nature particulière de certaines garanties.

§2. La facilitation de la consécration de l'hypothèque mobilière par l'adjonction du principe de l'essence de l'opération

996. Partant du constat de l'inadéquation du gage et des imperfections relevées jusqu'ici dans le régime des sûretés réelles, nous proposons, d'une part, d'instaurer un concept fédérateur, celui de l'hypothèque mobilière sans dépossession, applicable aux sûretés mobilières tels le gage et le nantissement et, d'autre part, de prévoir la reconnaissance, moyen du principe de l'essence de l'opération, d'une notion fonctionnelle de sûreté mobilière afin d'y englober notamment les propriétés-sûretés, les techniques fiduciaires et d'autres mécanismes de garantie comme le droit de rétention¹¹⁹².

997. En droit des sûretés OHADA tout comme en France, la reconnaissance dans le droit commun des sûretés mobilières du principe d'un gage sans dépossession, qui ressemble, à bien des égards à une hypothèque mobilière, n'a pas contribué à réduire le nombre existant de catégories de sûretés mobilières ou à les simplifier. Le gage avec dépossession a été

¹¹⁹² Au Québec, le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession a permis d'absorber une grande partie des anciennes formes de sûretés mobilières existantes sous le *Code civil du Bas Canada*, comme les nantissements agricoles, commerciaux ou forestiers ou les cessions à titre de garantie de créances ou de stock. Toutefois, lors de la grande réforme de 1991, le gage a été maintenu sous l'appellation d'hypothèque mobilière avec dépossession. ; v. M. DESCHAMPS, « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, p. 73 et s. ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 73 et s.

maintenu tout comme la multitude de sûretés mobilières, appelées gage ou nantissement. Si un concept fédérateur comme celui de l'hypothèque mobilière sans dépossession était retenu pour toutes ces différentes formes de gage et nantissement, le droit OHADA des sûretés réelles gagnerait en plus de simplicité et d'efficacité. L'effort de systématisation est actuellement devenu une tâche difficile compte tenu, d'une part, de la diversité des régimes de gages de droit commun (gages avec et sans dépossession) et, d'autre part, de l'existence de régimes de gages spéciaux considérés avec ou sans dépossession (gage sur stocks, gage automobile) et de nantissements spéciaux comme les nantissements de créances, d'instruments financiers, de soldes de comptes bancaires, de fonds de commerce, des films, de logiciels ou de brevets et des hypothèques sur certains biens particuliers.

998. Face à cet éparpillement, l'hypothèque mobilière sans dépossession devrait être reconnue dans sa plénitude, de sorte qu'elle devrait englober les différentes techniques de gage et de nantissements qui sont pour la plupart sans dépossession ou avec une dépossession fictive. Elle pourrait porter ainsi indifféremment sur des biens corporels et des biens incorporels, et mettrait fin aux distinctions possibles selon l'assiette du gage ou du nantissement.

999. Quant à l'insertion du principe de l'essence de l'opération, il permettrait de décrypter au travers de toute opération contractuelle de financement la présence d'une sûreté réelle. Dans cette optique, des règles uniques et cohérentes concernant l'opposabilité des sûretés mobilières devraient s'appliquer. Ainsi, tous les mécanismes de garantie (par exemple, les techniques fiduciaires et toutes les propriétés-sûretés) pourraient être assujettis au régime hypothécaire. Le principe de l'essence de l'opération pourrait insuffler une nouvelle définition fonctionnelle de la notion de sûreté mobilière. Il convient donc d'en étudier tous les avantages(A) après quoi, nous proposerons une définition nouvelle des sûretés réelles(B).

A. L'universalisation de l'hypothèque par l'adoption du principe de l'essence de l'opération

1000. L'extension de l'hypothèque à toutes les sûretés mobilières par la méthode de l'assimilation¹¹⁹³ harmonisation que nous préconisons, nécessite que soit pris en compte le

¹¹⁹³ Cette approche repose sur l'idée que tout en la conservant, de soumettre fondamentalement et dans la mesure du possible, la propriété-sûreté au même régime et aux mêmes règles que le gage réformé.

principe de l'essence de l'opération. Parer l'hypothèque mobilière d'un principe comme celui de l'essence de l'opération est fondamental puisque ce principe directeur permettra aux parties comme aux juges de déterminer l'existence ou non d'une hypothèque mobilière. Par-dessus tout, ce principe marquera clairement un choix de politique législative: associer une approche fonctionnelle au concept d'hypothèque et permettra d'ajouter un mur porteur à l'édifice du droit des sûretés réelles.

1001. En effet, ce principe par le fait qu'il adopte une approche téléologique permettra de mettre en place ce régime unique de sûreté réelle tout en préservant ou respectant la nature particulière de certaines sûretés réelles notamment celles qui font intervenir la propriété dans la constitution de la garantie.

Par l'application de ce principe aucune dénaturation de ces propriétés sûretés ne pourra donc être faite, car la généralisation de l'hypothèque à tous les meubles ne se fera pas par les absorptions complètes. À la différence du « *Security Interest* », ce principe nous donne plus de flexibilité dans la mise en place de ce nouveau droit des sûretés réelles qui ne pouvait se concevoir en sacrifiant autrement dit en objectant de reconnaître certaines spécificités propres à certaines garanties.

1002. Cohabiteront donc dans le nouveau droit des sûretés réelles, un système hypothécaire unique destiné à fédérer presque toutes les formes de garanties préexistantes. À côté subsisteront les propriétés sûretés, qui avec l'application du principe de l'essence de l'opération, bénéficieront plus facilement de la qualité de sûreté.

Toute crainte en rapport avec la dénaturation comme on le voit est donc écartée comme celle liée principalement au sort des sûretés réelles constituées à travers une dépossession du créancier. En effet, pour cette dernière forme de sûreté, qui en pratique ne connaît pas une très grande utilisation, la généralisation de l'hypothèque n'aura pas pour effet immédiat de les faire disparaître. Leur abandon progressif viendra de la multiplication des garanties constituées sans dépossession que provoquera le perfectionnement de la publicité et donc de la disparition de « *l'occultisme* » en matière de sûretés réelles.

Cette approche est, dans son esprit, celle qui est actuellement recommandée par le guide législatif qui dispose: « une législation globale sur les opérations garanties impose généralement que les sûretés reposant sur la propriété soient créées de la même façon que toute autre sûreté réelle mobilière, soit qu'elles sont remplacées par une sûreté mobilière uniforme soit qu'elles conservent leurs diverses dénominations mais leur création et leurs effets sont alors soumis aux mêmes règles applicables aux autres sûretés réelles mobilières » ; v. J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, n°179, p. 115. ; v. L. BOUGEROL-PRUD'HOMME, *op. cit.*, n°126 et s.

1003. L'insertion du principe de l'essence de l'opération permettrait de décrypter au travers de toute opération contractuelle de financement la présence d'une sûreté réelle. Dans cette optique, des règles uniques et cohérentes concernant l'opposabilité des sûretés mobilières devraient s'appliquer. Ainsi, tous les mécanismes de garantie (par exemple, les techniques fiduciaires et toutes les propriétés sûretés) pourraient être assujettis au régime hypothécaire. Le principe de l'essence de l'opération pourrait insuffler une nouvelle définition fonctionnelle de la notion de sûreté réelle.

B. Proposition d'une définition nouvelle des sûretés réelles en droit OHADA

1004. De manière synthétique, on pourrait dire qu'il y a trois conceptions doctrinales de la notion de sûreté. Ce terme pourrait se limiter à une définition stricte : celle qui confère un droit réel accessoire au créancier lui permettant ainsi de jouir d'une préférence sur le bien affecté en garantie du paiement de son obligation. Cette définition restrictive renvoie alors aux institutions créées par les lois, tels les privilèges, hypothèques, gages et nantissements.

1005. À l'inverse, proposer une conception large, certains diront « *dilatée* »¹¹⁹⁴, de la notion de sûreté viserait toute prérogative qui permettrait de prémunir le créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur même si elle lui procure d'autres avantages¹¹⁹⁵. Certains auteurs pensent, à juste titre, que cette vision dénie toute spécificité à la notion de sûreté et outrepassé les frontières juridiques au point de lui faire perdre son essence même¹¹⁹⁶. Une troisième conception, empruntant une voie médiane, consisterait alors à adopter une définition dite extensive proche de la notion de garantie permettant d'y inclure toutes les sûretés propriétés et toutes les techniques contractuelles ayant pour effet de garantir le paiement d'une obligation, comme le droit de rétention. Elle aurait l'avantage de ne pas faussement resserrer une notion qui comprend, en réalité en son sein, plusieurs formes de garantie.

1006. Cette notion dite extensive pourrait se voir reprocher de n'être « *qu'une étiquette qui s'accommode du disparate* »¹¹⁹⁷. En dépit de ce constat, nous n'hésiterons pas à

¹¹⁹⁴ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et alii, *op. cit.*, n° 365.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, n°4.

¹¹⁹⁶ *Ibidem* n° 4.

¹¹⁹⁷ *Ibid.* p. 4.

adopter une telle conception comme l'ont d'ailleurs fait certains auteurs¹¹⁹⁸, compte tenu des avantages évidents qu'elle procure. Cette notion extensive de la notion de sûreté s'inscrit dans une réalité économique contemporaine¹¹⁹⁹ et serait davantage conforme à une vérité historique puisque l'utilisation de la propriété à titre de garantie fut la première technique de sûreté réelle utilisée, par le moyen de la fiducie. Elle aurait aussi le mérite de mettre fin aux tergiversations et de dépasser le débat doctrinal, mené certes brillamment, entre les notions voisines de sûreté et de garantie.

1007. Les enjeux autour d'une telle définition de la notion de sûreté ne sont pas les moindres. La question essentielle est de savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite la qualification de sûreté avec toutes les conséquences juridiques attachées à cette notion¹²⁰⁰. La même question pourrait être étendue au droit de rétention qui permet de retenir la propriété du bien d'autrui jusqu'au complet paiement de ce dernier. Cette forme de justice privée, au demeurant rustre, est utilisée à titre de garantie notamment dans un contexte de faillite¹²⁰¹.

Au travers des définitions proposées par les doctrines française et québécoise, on peut dès lors comprendre que l'enjeu d'une telle définition est de pouvoir dépasser le clivage entre les sûretés réelles dites traditionnelles et les autres techniques contractuelles présentant de fortes similitudes qui utilisent la propriété à titre de sûreté, comme le droit de rétention, la clause de réserve de propriété et la fiducie.

1008. En outre, une définition claire de la notion de sûreté réside aussi dans un second intérêt qui est celui de résoudre la question de la suppression ou non du principe du *numerus clausus*, si tant est qu'il soit véritablement inscrit dans nos Codes civils. Selon la doctrine classique¹²⁰², les sûretés réelles seraient limitativement énumérées par loi, en raison du caractère impératif du principe d'égalité entre les créanciers inscrit à l'article 2285 du Code civil français. Ce débat autour du principe dudit *numerus clausus* peut cependant

¹¹⁹⁸ V. L. PAYETTE, *op. cit.*, n° 9.

¹¹⁹⁹ Les propriétés sûretés comme la vente à tempérament ou le bail à long terme avec faculté de rachat (le leasing) sont des institutions juridiques utilisées couramment dans certains secteurs économiques comme celui de l'informatique ou de l'automobile. Elles participent à une réalité économique d'autant que la loi sur la faillite, en France et au Québec, en ont faites des armes redoutables, permettant de contourner l'insolvabilité de leur débiteur failli. Les propriétés sûretés comptent parmi les seules survivantes autorisées par la loi au côté des privilèges du fisc et des salariés, appelées priorités au Québec.

¹²⁰⁰ G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 334.

¹²⁰¹ V. art 226 AUS.

¹²⁰² G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n°11.

paraître théorique pour diverses raisons¹²⁰³: le nombre croissant des sûretés, le rôle joué par la volonté individuelle qui peut créer des garanties accessoires aux créances par les voies détournées comme celui de la cession de créances, l'absence de publicité instituée de manière obligatoire et généralisée. Surtout, cette question théorique est actuellement d'un intérêt moindre du fait de la consécration législative de la propriété-sûreté et de la fiducie sûreté.

1009. À l'évidence, les définitions techniques proposées par la doctrine associant la notion de sûreté au seul droit de préférence se révèlent inadaptées afin d'intégrer les propriétés-sûretés et, notamment, la clause de réserve de propriété¹²⁰⁴. Ces propriétés sûretés se classent en effet, de l'avis de la majorité de la doctrine, parmi les sûretés. Pour preuve, certains en livrent des études détaillées au sein de leurs ouvrages consacrés aux sûretés réelles¹²⁰⁵.

1010. Nous partageons donc l'opinion de A. B. ADIBA qui selon sa démonstration, « *la finalité poursuivie serait l'assurance de la satisfaction du créancier. La technique serait l'octroi d'un droit sur la valeur d'un bien. On pourrait encore utiliser la notion d'affectation. La valeur du bien serait ainsi affectée au paiement de l'obligation. L'effet de la sûreté consisterait à donner une préférence ou une exclusivité au créancier, ce qui le différencierait d'un créancier ordinaire* »¹²⁰⁶.

1011. Les sûretés réelles dans une approche fonctionnelle mesurée pourraient donc se concevoir selon nous comme : « *les moyens légaux ou conventionnels accordés au créancier pour garantir l'exécution d'une ou plusieurs obligations et qui lui procurent un droit préférentiel ou exclusif sur la valeur d'un bien ou un ensemble de biens présents ou futurs du débiteur de la créance (ou du constituant)* »¹²⁰⁷.

¹²⁰³ V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 406.

¹²⁰⁴ N. BORGA, *op. cit.*, p. 380.

¹²⁰⁵ Pour un exemple: M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC et *alii*, *op. cit.*, qui présente dans leur ouvrage la classification suivante : « Les sûretés conçues comme telles » et les « sûretés par voie détournée et les autres garanties »; tous les ouvrages français traitent de ces propriétés sûretés.

¹²⁰⁶ A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°461.

¹²⁰⁷ Rappr. De la définition donnée par A. B. ADIBA qui énonce qu' : « une sûreté mobilière confère un droit sur la valeur d'un bien ayant un effet préférentiel ou exclusif, au profit d'un créancier, à raison et dans la mesure de l'exécution de sa créance ». A. B. ADIBA, *op. cit.*, n°461, p. 353.

§3. Les répercussions de la généralisation de l'hypothèque sur les différentes catégories de sûretés réelles

1012. Les conséquences les plus importantes de la généralisation de l'hypothèque se mesureront au niveau des sûretés mobilières. Les sûretés immobilières ne seront presque pas impactées par cette généralisation.

Nous analyserons, les répercussions possibles tant sur les gages et les nantissements (A) que sur les propriétés sûretés (B).

A. Les répercussions sur les gages et nantissements

1013. La consécration d'une sûreté réelle unique en matière mobilière devrait entraîner d'une part, la disparition des gages et nantissements spéciaux(1). Et d'autre part provoquer une dépréciation du gage pratiqué avec dépossession du débiteur(2).

1. La suppression des gages et nantissements spéciaux

1014. Consacrer le principe de l'hypothèque mobilière permettrait au droit des sûretés OHADA de bénéficier d'un grand nombre d'avantages, quand bien même cette hypothèse n'a pas récemment été envisagée par le législateur qui a préféré consacrer le principe général d'un gage sans dépossession coexistant à côté du gage avec dépossession.

1015. L'instauration de l'hypothèque mobilière sans dépossession présenterait l'avantage de regrouper un grand nombre de nantissements sous un seul vocable et sous une seule forme possible de sûreté mobilière. Le droit des sûretés réelles OHADA paraîtrait moins complexe. L'autre avantage majeur résiderait dans la mise en place d'un système unique de publicité obligatoire mettant fin à l'occultisme de certaines sûretés réelles.

Il faut également remarquer que cette opération ne contreviendrait pas à la nature profonde des nantissements ou des gages spéciaux actuellement en vigueur qui sont en réalité des hypothèques mobilières. En effet, pour un certain nombre de sûretés sans dépossession, l'instauration de l'hypothèque mobilière entraînera peu de difficultés puisque certaines

d'entre elles sont, en réalité, des hypothèques mobilières camouflées¹²⁰⁸, par exemple certains nantissements portant sur des biens incorporels. En effet, les nantissements de fonds de commerce¹²⁰⁹, de propriétés intellectuelles comme les logiciels¹²¹⁰ ou les brevets ressemblent à bien des égards à des hypothèques mobilières en raison notamment des règles de publicité qui les gouvernent. En effet, leur opposabilité nécessite déjà une inscription au RCCM.

On aurait vraisemblablement les mêmes facilités à convertir certains types de nantissements ou de gages concernant des biens corporels en hypothèque mobilière sans dépossession comme le nantissement du matériel ou de l'outillage, le gage d'automobile, le gage sur les stocks. Les règles d'opposabilité pour ces nantissements ou gages précités se résument déjà à une inscription. D'autres types de nantissements comme ceux concernant les créances, les instruments financiers, et les parts sociales gagneraient, quant à eux, très certainement en simplicité en adoptant la qualification et le régime de l'hypothèque mobilière.

La transformation du nantissement sur créances en une hypothèque mobilière sans dépossession ne nécessiterait que quelques ajustements et l'exemple québécois de l'hypothèque sans dépossession sur créances pourrait être utile. En effet, par des dispositions particulières prévues dans le Code civil du Québec, le droit de percevoir la créance hypothéquée au profit du créancier est possible. En droit OHADA, des dispositions similaires permettent au créancier nanti de devenir titulaire de la créance « *dans les conditions prévues par la convention* ». Le pacte comissoire, jadis interdit, est aujourd'hui permis. Le créancier peut aussi attendre l'échéance de la créance nantie et en percevoir le montant. Il pourra aussi demander l'attribution judiciaire de la créance donnée en nantissement. Dans ces conditions, il est donc aisé de convertir ce nantissement de créances en une hypothèque sur créances. La formalité de la signification devrait être conservée à l'égard du débiteur dont la créance est nantie. En revanche, à l'égard des tiers, seule une inscription sur le RCCM devrait assurer l'opposabilité d'une telle hypothèque.

Quant au nantissement de compte-titres, il agit en fait comme un gage sans dépossession puisque le titulaire du compte doit émettre une déclaration signée qu'il adresse au teneur de compte. Un compte bancaire spécial doit être ouvert. Ce compte, qui sert de réceptacle pour les instruments financiers affectés en garantie, matérialise, en quelque sorte, la dépossession et justifie la qualification de nantissement de compte de titres choisi par le

¹²⁰⁸ V. L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 541, p. 291.

¹²⁰⁹ La majorité des auteurs comme *id.*, p. 223 ou Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, *op. cit.*, n° 685 et s, 716. assimile le nantissement de fonds de commerce très clairement à une hypothèque mobilière.

¹²¹⁰ V. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 716., estiment qu'il s'apparente à une hypothèque mobilière.

législateur. On proposerait le même procédé envisagé pour le nantissement de créance. Il serait souhaitable de prévoir une hypothèque sans dépossession sur les instruments financiers par inscription auprès du RCCM qui assurerait l'opposabilité de la sûreté à l'égard des tiers.

1016. Le regroupement de toutes ces sûretés réelles autour d'une seule forme de sûreté à savoir l'hypothèque pourrait contribuer à un meilleur ordonnancement des différentes sûretés réelles et favoriser aussi une meilleure transparence des patrimoines mobiliers des particuliers.

2. La dépréciation de l'usage du gage avec dépossession

1017. Nous n'irons pas jusqu'à parler d'une suppression¹²¹¹ du gage avec dépossession avec l'instauration de l'hypothèque notamment mobilière, mais à une réduction drastique de son usage dans la recherche ou l'octroi de crédit.

1018. L'idée serait que le gage avec dépossession en droit OHADA soit maintenu dans sa forme actuelle. Mais ce gage ne serait plus réservé que pour des opérations de moindre valeur et destiné qu'aux particuliers.

Sur le modèle des monts de piété¹²¹² en France, ce gage pourrait permettre aux populations les moins nanties de pouvoir avoir accès à une forme de crédit pour leur besoin les plus urgents mais aussi pour une éventuelle entreprise quand on sait la place prépondérante des très petites entreprises sous nos tropiques.

1019. Si nous sommes tentés de proposer, comme les auteurs MOULY et JACOB¹²¹³, l'absorption du gage de droit commun portant sur les biens corporels par l'hypothèque

¹²¹¹ V. Contra. A. B. ABIBA *op. cit.* n°475 et s.

¹²¹² V. F. SCHUSTER, *Les monts-de-piété au XIXe siècle : 1804- 1914*, Mémoire Master 2, Bordeaux IV, 2007.

¹²¹³ C. MOULY et F. JACOB, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2393 à 2396*, *op. cit.*, n° 35 : « L'hypothèque n'emporte jamais dépossession. Depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006, cependant, le gage, du moins le gage pris dans son acception traditionnelle, celui qui porte sur un meuble (à distinguer du « gage immobilier » de l'article 2387 nouveau du Code civil), se forme lui-même sans dépossession. Un nouvel article 2333 du Code civil pose que le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. L'idée de remise de la chose est bien absente de cette définition. Plus loin dans le code on apprend comment le gage se forme : il est ainsi posé à l'article 2336 nouveau que le gage est parfait par l'établissement d'un écrit. L'article suivant précise que le gage est opposable au tiers par la publicité qui en est faite, et le texte ajoute (C. civ., art. 2337, al. 2) : "Il l'est également par la dépossession". La dépossession n'est donc pas incompatible avec le gage mais elle n'est plus envisagée aujourd'hui que comme une autre façon de rendre le gage opposable, après la publicité, qui apparaît comme la condition d'opposabilité

mobilière sans dépossession même, nous restons convaincus cependant que cette mesure serait d'application pratique limitée. En effet, le gage de droit commun est peu utilisé sur les biens corporels ayant une valeur économique comme les véhicules routiers, les véhicules routiers assimilés, les bijoux, les tableaux, etc.

Bien souvent, ces biens corporels dits de consommation ou de luxe sont compris dans l'assiette de gages ou de nantissements spéciaux comme pour les automobiles ou les logiciels, ou bien font l'objet de mécanismes réglementés en dehors du droit des sûretés comme le prêt sur gage pour les bijoux. Ces biens mobiliers ayant une valeur économique reconnue font aussi l'objet de propriétés-sûretés et sont alors compris dans une vente avec une clause de réserve de propriété, d'un bail à long terme (véhicules routiers) ou, bien souvent, ils composent l'assiette d'une hypothèque mobilière sans dépossession. Ainsi, dans une approche empirique, on s'aperçoit que le gage n'est pas une forme de sûreté mobilière très prisée des particuliers ou des entreprises puisqu'il leur fait perdre l'utilité du bien remis en gage.

1020. L'hypothèque mobilière sans dépossession aurait le mérite d'anticiper une pratique qui tendra à disparaître dans un futur proche puisque désormais la dématérialisation des instruments financiers est un phénomène confirmé par les dernières ordonnances financières françaises de 2004, 2005 et 2009¹²¹⁴.

L'hypothèque mobilière sans dépossession aurait aussi l'avantage d'uniformiser et de simplifier les différents régimes possibles de sûretés réelles notamment mobilières.

B. Incidences sur les propriétés sûretés

1021. La propriété peut être utilisée à titre de sûreté. Cette technique n'est pas nouvelle puisqu'elle est la première en date dans l'histoire des sûretés réelles à avoir été

normale, l'absence de dépossession devenant, du même coup, le principe. Cette nouvelle façon de concevoir le gage le rapproche évidemment de l'hypothèque, d'autant plus que l'hypothèque nouvelle emporte droit de demander l'attribution judiciaire, comme c'est traditionnellement le cas du gage (aujourd'hui C. civ., art. 2347), et que le gage publié, de son côté, emporte désormais droit de suite (V. C. civ., art. 2337 : "Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276"). La confusion devient possible, au point que l'on peut se demander si l'hypothèque mobilière et le gage de l'article 2333 du Code civil ne sont pas devenus une seule et même chose. Dans l'affirmative, la définition donnée à l'hypothèque par le Code civil cesserait de pouvoir être regardée comme réductrice ».

¹²¹⁴ Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale, portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer, J.O. 26 juin 2004, texte n° 11; Ordonnance n° 2005-303 du 31 mars 2005 portant simplification des règles de transfert de propriété des instruments financiers admis aux opérations d'un dépositaire central ou livrés dans un système de règlement et de livraison, J.O. 1 avr. 2005, p. 5884; Ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers relative aux instruments financiers, J.O. 9 janv. 2009, p. 570.

pratiquée par les Romains¹²¹⁵. Ce qui peut paraître étonnant et pour certains régressif¹²¹⁶, est de constater que divers droits positifs notamment français et québécois ont, ces dernières années¹²¹⁷, à l'instar du droit OHADA¹²¹⁸, consacré et renforcé considérablement l'efficacité des propriétés-sûretés (la clause de réserve de propriété, le bail à long terme, le crédit-bail) et d'autres techniques similaires comme les aliénations fiduciaires (la cession de créances professionnelles, le gage-espèce, la fiducie). Cette évolution s'explique par la conjonction de plusieurs raisons: la complexité croissante et l'éparpillement des sûretés dites classiques, les faveurs accordées par la loi sur les procédures collectives protégeant les créanciers titulaires de clause de réserve de propriété ou les fiduciaires au détriment de ceux détenant des sûretés traditionnelles, l'efficacité redoutable de la propriété plaçant ainsi le créancier hors concours avec les autres créanciers de son débiteur. Toutefois, le rôle incontestable des propriétés-sûretés perturbe l'ordonnement actuel des droits des sûretés réelles. Il est donc important de s'y pencher afin d'examiner les possibles ajustements qui pourraient être apportés.

1022. Ces ajustements ne pourront être possibles que si, et seulement si, le principe de la finalité de l'opération était reconnu. La généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession serait une mauvaise solution appliquée à ces différents mécanismes utilisant la propriété à titre de garantie au risque d'une dénaturation profonde des conventions. Le principe de l'essence de l'opération serait plus approprié et permettrait d'appréhender de manière fonctionnelle toutes ces techniques de garantie utilisant la propriété à titre de sûreté dite réservée, lorsqu'il s'agit de la clause de réserve de propriété ou de la cession de créances professionnelles (pratiquées en France notamment par bordereau *DAILLY*), ou celles utilisant la propriété de manière dite affectée, lorsqu'il s'agit de la fiducie-sûreté. Ces techniques de garantie gagneront certainement en assurance et en clarté si la qualification de sûreté et les conséquences qui y sont attachées leur étaient définitivement conférées.

¹²¹⁵ La fiducie a été la première technique de sûreté réelle.

¹²¹⁶ B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Paris, Litec, 1990, p. 317, p. 321.

¹²¹⁷ P. CROCQ, « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert*, Paris, Economica 2004, p. 347.

¹²¹⁸ V. M. K. BROU, « Le nouvel AUS et l'accès au crédit dans l'espace OHADA », in *juris OHADA* n°1 et 2, 2012, p. 12.

Un régime d'opposabilité commun devrait ainsi leur être appliqué et aurait alors l'avantage de simplifier les règles de publicité, de rang et de réalisation commune¹²¹⁹ à toutes les sûretés réelles.

1023. Même s'il nous paraît évident que l'hypothèque mobilière constitue un concept clé et fonctionnel qui devrait s'inscrire au cœur du droit des sûretés réelles, il n'empêche que sa généralisation¹²²⁰, ne devrait se faire que de manière éclairée et non systématique. Certaines propriétés-sûretés comme la clause de réserve de propriété par exemple, ou certains mécanismes de garantie comme la fiducie ou le droit de rétention ne pourraient pas se voir revêtir d'une telle qualification, au risque d'y perdre leur nature profonde. Ces mécanismes, utilisant la propriété de manière réservée, retenue ou affectée, ne sauraient être affublés du vocable d'hypothèque même si ces propriétés-sûretés atteignent le même but, la garantie d'une obligation, et au moyen d'un même droit, le droit sur la valeur. Le terme générique de sûreté réelle suffirait et serait plus approprié. Le créancier titulaire d'une clause de réserve de

¹²¹⁹ V. dans ce sens M. DOLS-MAGNEVILLE, *La réalisation des sûretés réelles*, op. cit., n° 359 et s., qui suggère que : « Face à la grande complexité des règles régissant le traitement des sûretés réelles dans les procédures collectives, face aux inégalités qu'elles suscitent, face à l'affaiblissement des sûretés traditionnelles, [...], l'idée d'un traitement égalitaire, de la soumission à la discipline collective de l'ensemble des créanciers – semble devoir être conservé, elle doit être adaptée. [...], pour des raisons d'ordre économique, social et juridique, il apparaît nécessaire de nuancer la proposition et d'adopter un principe nouveau, le principe d'une égalité tempérée qui s'appliquerait en sauvegarde et en redressement judiciaire, mais aussi en liquidation judiciaire, lorsque le maintien de l'activité est nécessaire à l'adoption d'un plan de cession ».

¹²²⁰ En France, le concept d'hypothèque mobilière sans dépossession avait fait l'objet de quelques études de doctorat prévoyant son application limitée: notamment A. BLAISOT, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, thèse, Paris, 1897, note 58, p. 146 et 147, cet auteur envisageait la suppression du gage sur créances et son remplacement par l'hypothèque sur créances, l'extension du concept de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux autres biens incorporels. En revanche, il était farouchement opposé à la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession aux biens corporels; M. MOREL, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse, Paris, A. Rousseau, 1902, p. 117-121, 123, 124 et 145: cet auteur avait envisagé la généralisation de l'hypothèque mobilière sans dépossession et notamment aux fonds de commerce et en remplacement des warrants, considérant notamment le gage comme une sûreté primitive; D. LEGEAIS, *op.cit.*, p. 336, 341, 342, 346 et 351. Cet auteur avait, dans un premier temps, envisagé d'instaurer l'hypothèque mobilière sans dépossession à la place des nantissements de films, d'outillage et d'équipements, des warrants. Cette hypothèque mobilière sans dépossession ne devait être consentie que par des professionnels et donc interdite aux particuliers. Dans un second, temps, cette hypothèque mobilière sans dépossession devait s'étendre à toutes marchandises et créances. Toutefois, cet auteur envisageait dans l'immédiateté le maintien des nantissements de créances civiles et professionnelles (bordereau Dailly); J.-F. RIFFARD, *op. cit.*, p. 1 et 107. Cet auteur a milité en faveur d'une rationalisation du droit des sûretés mobilières français à l'instar du modèle américain de Security Interest. Toutefois, il n'avait pas souhaité envisager d'appliquer un concept fonctionnelle de sûreté aux propriétés sûretés et aux aliénations fiduciaires puisqu'il avait prédit leur disparition; C. LISANTI-KALCZYNSKI, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Litec, 2001, p. 21, 27, 33, 73, 239, 271, 459-461: cette auteure n'a pas eu recours au concept d'hypothèque mobilière et a préféré davantage approfondir la voie de l'adaptation du modèle du gage aux biens incorporels. Elle a tout de même reconnu la nature hypothécaire de certains nantissements, ceux sur fonds de commerce ou sur des propriétés intellectuelles ; G. AFFAKI, *op. cit.*, n° 38, milite lui aussi pour un rassemblement des sûretés réelles autour du concept de gage car « pour autant que l'on puisse enfin disposer d'un régime simple et efficace offrant un gage susceptible de porter sur tout type de biens, la plupart des sûretés spéciales tomberont d'elles-mêmes en désuétude faute d'intérêt ».

propriété pourra invoquer un droit sur la valeur du bien et même plus précisément un droit exclusif puisqu'il invoquera sa qualité de propriétaire pour échapper au concours des autres créanciers de son débiteur. Le cessionnaire lors d'une cession de créance professionnelle à titre de garantie ou le fiduciaire dans le cadre d'une fiducie bénéficiera du même traitement prioritaire. Il est ainsi plus juste de leur appliquer le principe de la finalité de l'opération pour les assimiler à une sûreté mobilière et les soumettre aux formalités de publicité institutionnalisée, que de les qualifier tout simplement d'hypothèque, vocable juridique précis correspondant à une catégorie prédéfinie de sûreté. Il ne serait pas approprié d'appliquer de manière systématique le modèle de l'hypothèque mobilière sans dépossession comme ce qui a été proposé précédemment avec les différentes formes de nantissements et de gage. Il serait dès lors plus utile de prendre en compte leur finalité, leur raison d'être pour les soumettre, au moyen d'une approche fonctionnelle et en se servant de la notion extensive de sûreté mobilière comme nous l'avions proposée précédemment, au régime commun d'opposabilité hypothécaire. Ainsi, les buts recherchés d'uniformisation, de cohérence juridique et d'efficacité seraient atteints.

1024. La généralisation de l'hypothèque à tous les meubles nécessitait donc qu'en soit définie le régime et les méthodes afin de surmonter les difficultés qui pourraient provenir de la prise en compte des propriétés sûretés. L'approche désormais fonctionnelle des sûretés permet donc d'éviter ces contrariétés et de parvenir à une universalisation sans heurts de la garantie hypothécaire.

Pour parachever cette œuvre d'uniformisation du droit des sûretés réelles des réformes supplémentaires et extérieures au droit des sûretés s'avèrent indispensables.

Section 3 : Les réformes complémentaires nécessaires à l'efficacité du nouveau droit des sûretés réelles

1025. Il est une vérité irréfutable, c'est que la construction d'un droit des sûretés efficace ne peut se faire aujourd'hui de façon isolée. En effet, outre le nouveau système de sûreté que nous souhaitons instituer en droit OHADA, il conviendrait de mener en parallèle ou concomitamment d'autres réformes dans des matières en lien étroit avec le droit des sûretés. Par ailleurs, le droit des sûretés OHADA évoluant dans un contexte socio politique et

économique spécifique, on ne saurait occulter son influence sur l'efficacité et l'effectivité de ce droit.

Tenant compte de tous ces paramètres, et au vu de l'efficacité du droit des sûretés réelles que nous recherchons, il serait approprié d'entreprendre des réformes à la fois endogènes (§1) et exogènes (§2) au droit OHADA des sûretés.

§1. Les réformes endogènes au droit OHADA

1026. Ces amendements sont qualifiés d'endogènes parce qu'ils concernent des matières régies par des Actes uniformes OHADA. En outre, il existe des liens étroits entre ces disciplines et le droit des sûretés, ce qui nous impose d'envisager l'étude de leur potentielle réforme.

Il s'agira d'évoquer une refonte du droit des procédures collectives d'apurement du passif (A) ainsi que celle des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (B).

A. Dans les procédures collectives d'apurement du passif

1027. Le but ici est de relativiser le manque d'égalité¹²²¹ entre les créanciers nantis et de la sorte garantir l'efficacité du droit des sûretés réelles.

Il s'avère aujourd'hui nécessaire, voire indispensable, de procéder à une réforme de notre droit des procédures collectives qui crée des différences véritables entre les créanciers d'un même débiteur.

À travers cette réforme adossée à celle du droit des sûretés réelles, on pourrait parvenir à réduire l'aversion des banques à prêter. Car les parties pourront développer des garanties plus fiables permettant ainsi aux fournisseurs de crédit d'avoir une indépendance de réalisation, n'étant plus obligées de recourir à l'administration judiciaire souvent défaillante¹²²².

1028. Dans le dernier rapport « *Doing Business* », les économies parmi celles ayant le plus progressé ont procédé à des améliorations notables de leur législation relative à l'insolvabilité en renforçant les droits légaux des créanciers.

¹²²¹ V. A. KANTE, « Réflexion sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif OHADA », in *EDJA*, n°56 ou OHADATA-06-47.

¹²²² J. LEFILLEUR, *op. cit.*, p. 165.

Pour que les sûretés réelles soient économiquement rentables, il faut qu'elles puissent être réalisées rapidement et de manière peu coûteuse en cas de défaut. Des procédures de réalisation efficaces sont donc particulièrement importantes pour les biens meubles, qui perdent généralement de la valeur au fil du temps. L'efficacité de la mise en application peut avoir une incidence sur l'accès au crédit et sur les conditions des prêts. La plupart des économies en sont conscientes et s'engagent aujourd'hui dans des réformes afin de permettre aux créanciers de réaliser les sûretés de façon extra judiciaire¹²²³.

1029. À ce niveau, le classement des pays membres de l'OHADA dans le dernier rapport « *Doing Business* », en matière d'obtention de prêt et de règlement de l'insolvabilité¹²²⁴ du débiteur, est révélateur des efforts à faire en matière de gestion des droits du créancier en droit OHADA. En effet, le premier pays membre de l'OHADA occupe la 95^e place dans le classement en ce qui concerne le traitement de l'insolvabilité du débiteur. Ce pays qui est la Côte d'Ivoire arrive à ce rang pour les réformes engagées dans sa législation interne, notamment avec la création des tribunaux de commerce.

Cette défaillance a un impact lourd sur l'obtention de crédit puisque les garanties offertes ne sont pas à même de rassurer les potentiels fournisseurs de crédit que sont notamment les banques et les institutions financières. Ainsi, dans le classement relatif à la facilité d'obtention de prêt¹²²⁵, aucun pays membre de l'OHADA n'a connu d'évolution entre 2011 et 2014 nonobstant la réforme du droit des sûretés intervenue en décembre 2010. Au contraire des pays anglo-saxons tels que le Ghana, le Nigeria ou le Kenya qu'on voudrait voir rejoindre l'OHADA, occupent des rangs plus qu'honorables dans les deux domaines précités¹²²⁶.

¹²²³ 105 des 183 économies couvertes par Doing Business ont des dispositions juridiques qui permettent aux parties d'un accord sur une sûreté mobilière de s'entendre sur une réalisation extrajudiciaire de cette dernière. (Doing business 2011, p. 44).

¹²²⁴ Le questionnaire ayant servi à établir le classement en matière du règlement de l'insolvabilité contient vingt trois questions qui touchent à la fois les réformes engagées depuis 2012, les informations générales sur la législation applicable en matière de procédure collective et la gestion des procédures d'insolvabilité. Online : <http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB14/Resolving-Insolvency-fr.pdf>.

¹²²⁵ L'enquête sur l'obtention de prêt dans les États incluait à la fois des questions sur le modèle de sûreté que sur la réalisation judiciaire ou extra judiciaire des sûretés. Disponible ici : <http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB14/Getting-Credit-Legal-Rights-fr.pdf>, consulté le 30 décembre 2014.

¹²²⁶ Classement disponible ici : <http://français.doingbusiness.org/rankings>. Consulté le 30 décembre 2014.

1030. Selon le rapport « *Doing Business* »¹²²⁷ de 2011, « lors des faillites, 69 % des économies d'Europe de l'est et Asie centrale accordent la plus haute priorité possible aux créanciers garantis (qui sont notamment, dans bien des cas, prioritaires sur les créances salariales et des services fiscaux). Seulement 16 % des économies du Moyen- Orient et Afrique du Nord et 9 % de celles d'Amérique latine et Caraïbe en font autant. Accorder la priorité aux créanciers garantis n'est toutefois pas suffisant. Des règles claires établissant les priorités pour résoudre les réclamations contradictoires entre créanciers garantis lorsqu'un débiteur fait défaut peuvent également influencer les décisions relatives aux prêts. Des droits clairement établis pour les créanciers augmentent la disponibilité des prêts: lorsque les prêteurs sont mieux protégés sur le plan juridique lors de faillites et de réorganisations, ils sont plus enclins à offrir leur crédit à des conditions plus favorables ».

1031. Le constat est donc clair, l'efficacité de notre droit des sûretés réelles passe par une amélioration inévitable de notre droit de l'insolvabilité qui doit à la fois viser une plus grande égalité entre les divers créanciers et une facilitation de la mise en œuvre de leur sûreté par les créanciers et cela par l'institution des réalisations extra judiciaires. Cette célérité dans la réalisation des sûretés doit s'accompagner de l'édification d'une véritable intégration ou uniformisation judiciaire.

B. La construction d'un véritable espace judiciaire intégré

1032. Le but ultime de tout créancier est de recouvrer sa créance le plus rapidement et le plus aisément possible. Censées faciliter cet objectif, les voies d'exécution¹²²⁸ instituées par l'OHADA ne cessent d'être l'objet de vives critiques, car pour de nombreux auteurs elles offrent une protection plus accrue au débiteur au détriment du créancier.

¹²²⁷ Rapport doing business, 2011 p.44.

¹²²⁸ V. A. A. B. ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, th., Bordeaux 2013, n° 634, qui affirme que : « L'AUVE ayant institué dans tous les États membres les mêmes règles sur les procédures civiles d'exécution, le problème de la détermination de l'État dont le droit de l'exécution aura à s'appliquer lorsque le rapport implique les ordres juridiques de deux États membres se trouve résolu. Peu importe l'État membre à qui la compétence va échoir, les règles de l'AU.VE auront à s'appliquer en tant que sa loi interne. De même, lorsque les procédures civiles d'exécution sont perturbées par l'élément d'extranéité, il est acquis que le monopole de la contrainte appartient à l'État du lieu d'exécution, aux juridictions et agents d'exécution dudit État ».

1033. Les critiques qui reviennent le plus sont celles relatives à la précarité du titre exécutoire auquel l'Acte uniforme subordonne toute exécution. En outre, la difficile circulation des décisions de justice entre États vient compliquer encore la situation du créancier qui doit aussi faire face aux nombreux pièges constitués par les nullités des actes de procédure.

Pour remédier à ces écueils, diverses solutions ont été proposées par la doctrine qui au vu de leur pertinence, méritent d'être reprises ici.

Outre les conséquences négatives de l'action tardive¹²²⁹, le créancier court le risque de ne pouvoir exécuter sa décision dans tout l'espace OHADA malgré les efforts déployés pour faciliter la circulation des décisions de justice. Il s'impose donc d'aller à une suppression de certaines mesures handicapantes pour le créancier(1) et aussi songer à une adaptation des voies d'exécution à toutes les catégories de créanciers(2).

1. La suppression des obstacles d'ordre judiciaire

1034. Les propos de monsieur KOUNDE¹²³⁰, expliquant que : « ... *l'insécurité judiciaire n'est pas réduite à l'absence de juridiction commune, mais aussi à l'incapacité des juridictions nationales* », sont révélateurs du malaise qui entoure la circulation des décisions issues des juridictions nationales dans les États membres de l'OHADA.

La difficulté en droit uniforme africain, à propos des voies d'exécution, réside donc dans la valeur que chaque État membre accorde aux différents titres émanant des autres États membres et sur la base desquels des mesures de contrainte sont sollicitées. Valent-ils titres exécutoires du fait de l'uniformisation des règles relatives aux voies d'exécution ou doivent-ils subir la procédure d'exéquatur ?

1035. La circulation des arrêts de la CCJA dans l'espace OHADA est organisée par un ensemble de dispositions leur conférant une certaine autorité. Ainsi, selon les articles 20 du Traité et 41 du Règlement de procédure de la CCJA, les décisions de la haute Cour communautaire ont, à compter du jour de leur prononcé, force obligatoire et force exécutoire dans l'ordre interne des États. Ce qui signifie que ces titres sont susceptibles d'une exécution

¹²²⁹ V. A. A de SABA, *op. cit.*, n° 400 et s.

¹²³⁰ D. KOUNDE, Les actes uniformes OHADA et la croissance économique des États d'Afrique de la zone Franc, Th., Perpignan, 2005, p.169.

forcée dans tous les États membres de l'OHADA¹²³¹. Mais, l'article 46 alinéa 1^{er} du Règlement de procédure de la CCJA subordonne cette exécution à une procédure de certification dans l'État d'exécution. Aux termes de cette disposition, la partie qui porte un litige devant de la CCJA et qui obtient gain de cause doit, avant toute exécution dans un autre État membre, soumettre la décision de la haute Cour à la certification.

La procédure de certification n'est rien d'autre qu'une vérification de l'authenticité du titre à l'issue de laquelle l'organe national chargé du contrôle¹²³² appose la formule d'exécution sur le titre. L'arrêt ainsi certifié devrait être exécuté sur le territoire de l'État requis sans qu'il soit besoin de recourir à la procédure d'*exequatur*¹²³³.

1036. Le remplacement de la procédure d'*exequatur* par le contrôle de l'authenticité du titre présente des inconvénients certains pour le justiciable, car en plus d'être longue et onéreuse¹²³⁴, les défendeurs la détournent de son but en contestant systématiquement la régularité internationale de la décision à seule fin d'en retarder l'exécution¹²³⁵. Le nouveau droit supprime ces inconvénients en soumettant les décisions de la CCJA non à la procédure d'*exequatur*, mais au contrôle d'authenticité.

1037. En dépit de ses atouts, la procédure de certification souffre encore « *du déficit en matière de respect du principe de la séparation des pouvoirs* »¹²³⁶. En effet, dans certains États membres de l'OHADA, se produisent encore des oppositions ou des interruptions malicieuses dans l'exécution des décisions de justice¹²³⁷ venant d'un autre État, même si ces dernières sont revêtues du sceau de la CCJA.

Le législateur africain n'a malheureusement rien prévu pour contrecarrer et surmonter ce « *faux laxisme* » des autorités étatiques en charge d'authentifier les arrêts de la plus haute instance judiciaire de l'OHADA.

¹²³¹ V. les propos de Ndongo FALL ex-président de la CCJA, (cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA) dans le journal Genevois « Les Afriques » n°15 du 6 au 13 février 2008, p.17, <http://www.lesafriques.com/droit-fisc-douanes/nos-decisions-ont-force-executoire-dans-tout-l-espace-o-3.html?Itemid=308>.

¹²³² Ce peut être le greffier en chef de la plus haute juridiction du fond, ou la direction des affaires civiles et pénales de la chancellerie.

¹²³³ V. C. ETONDE, « L'OHADA ou la sécurité du droit des affaires en Afrique », p. 66, www.justice.com.

¹²³⁴ V. le commentaire de J. L.-OBLE sous l'art.20 du Traité de l'OHADA.

¹²³⁵ F. PANNEAU et C. MOURLAQUE, « L'*exequatur* étrangère en matière civile et commerciale: mode d'emploi », Procédures, mars 2005, étude 4, p. 9 et s.

¹²³⁶ A. A. de SABA, « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant? », Finance & Bien Commun, 2007/3 N° 28-29, p. 96-104 ; Th. VOGL, « La lutte contre la corruption: condition essentielle pour la réussite de l'OHADA », in Penant n° 867, avril-juin 2009, p. 206.

¹²³⁷ M. MAÏDAGI, « Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit de l'OHADA », in Penant n°855, avril-juin 2006, p. 186 et s.

1038. La procédure de certification des arrêts de la CCJA pose un autre problème. L'apposition de la formule exécutoire par un pays ne vaut pas pour tous les États de l'OHADA, l'octroi de la force exécutoire étant un acte de souveraineté qui ne peut lier les autres autorités étatiques.

Le créancier dont le débiteur possède des biens dans plusieurs États de l'OHADA doit donc renouveler la formalité dans chacun des pays. On voit donc poindre toutes les difficultés et les retards subséquents à la répétition de la certification dans les États de l'OHADA.

La nécessité du contrôle d'authenticité et de l'apposition de la formule exécutoire dans l'État d'exécution paraît de toute évidence contestable. Elle semble superfétatoire dès lors que l'article 20 du Traité de l'OHADA prône une exécution quasi directe des arrêts de la CCJA en les assimilant aux décisions rendues par les juridictions nationales.

1039. Pour favoriser la libre circulation et l'exécution rapide des décisions de justice au sein de l'espace OHADA, le législateur communautaire pourrait impartir un délai au-delà duquel la négligence ou le défaut de l'autorité nationale chargée du contrôle et de l'apposition de la formule exécutoire emporterait force exécutoire automatique à la décision¹²³⁸. Mais nous pensons que la solution la plus logique serait de conférer aux arrêts de la CCJA une force exécutoire intrinsèque qui dispenserait son porteur de toute autre formalité dans l'État d'exécution¹²³⁹.

1040. Le législateur Africain pourrait à ce titre s'inspirer de l'exemple des États de l'Union européenne qui ont institué un « *titre exécutoire européen* »¹²⁴⁰ destiné à être exécuté immédiatement dans l'un quelconque des États de l'union en matière civile et commerciale. Son champ est limité cependant aux créances incontestées¹²⁴¹.

¹²³⁸ v. A. A de SABA, *op. cit.*, n° 414 et s.

¹²³⁹ Ibid. n°414, p. 205

¹²⁴⁰ Règlement communautaire européen n° 805/2004 du 21 avril 2004 sur le titre exécutoire européen ; V. P. MAYER et V. HEUZE, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ, 2014, n° 499, p. 346.

¹²⁴¹ Celles-ci se définissant comme : les créances que le débiteur a expressément reconnues dans un acte authentique ; les créances que le débiteur a formellement acceptées dans une transaction conclue devant, ou approuvées par une juridiction au cours d'une procédure judiciaire ; les créances auxquelles le débiteur ne s'est jamais opposé, en vertu des règles de procédure du for, au cours d'une procédure judiciaire ; les créances que le débiteur a contestées dans les premiers temps d'une procédure judiciaire mais qu'il est éventuellement réputé par ces mêmes règles de la *lex fori*, avoir reconnues pour s'être abstenu de comparaître ou de se faire représenter à une audience ultérieure. Dans les deux dernières hypothèses, quand le débiteur n'a pas expressément reconnu ou accepté la créance, pour que celle-ci soit réputée « incontestée », il faudrait que la créance ait été invoquée par le créancier devant les juridictions compétentes et que les droits de la défense aient été respectés.

Pour simplifier, un auteur propose une modification¹²⁴² pure et simple du traité de l'OHADA en son article 20 pour le reformuler comme suit : « *les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, de même que les décisions rendues par les juridictions des États membres en application du droit uniforme, ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des États parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales.* ».

1041. Ces propositions ont l'avantage de permettre le contournement de la formalité de certification, mais elles ne résolvent pas tous les problèmes. Elles ne dispensent pas, par exemple, du recours à la force publique pour l'exécution des décisions. Or, dans certains pays de l'OHADA, l'autorité de tutelle de la police ou de la gendarmerie refuse parfois de mettre à la disposition des huissiers de justice les forces.

1042. Les États de l'OHADA semblent se trouver dans un cercle vicieux d'où ils ne sortiront que par la création d'un véritable espace économique et judiciaire garantissant la neutralité des États dans la résolution des contentieux judiciaires¹²⁴³. En dehors de cette évolution, un droit des affaires aussi moderne soit-il ne suffira pas à appâter les investisseurs qui, avant de s'engager dans un pays ou une région se livrent à une pointilleuse étude de marché prenant en compte l'effectivité de l'exécution des décisions de justice¹²⁴⁴.

1043. La cohérence du régime consistant à soumettre les décisions des juridictions de fond à l'exequatur tout en dispensant les arrêts de la CCJA de cette même formalité paraît difficilement soutenable¹²⁴⁵.

Pour certains auteurs, « *L'explication n'est certainement pas juridique, mais politique, les États rechignant à abandonner totalement leur souveraineté judiciaire* ».

Il va falloir cependant s'y résoudre dès lors qu'on consent à un espace judiciaire unifié par l'adoption des Actes uniformes et par l'institution d'une Cour supranationale.

Une seconde raison pourrait être recherchée dans la crainte d'une mauvaise application¹²⁴⁶ des Actes uniformes par les juges de fond. Même si pour certains auteurs¹²⁴⁷ cet argument n'est

¹²⁴² V. A. B. ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, th., Bordeaux 2013, n° 718.

¹²⁴³ v. R. MASSAMBA, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », in *Penant* n°855, avril-juin 2006, p.137.

¹²⁴⁴ V. Th. VOGL, « La lutte contre la corruption: condition essentielle pour la réussite de l'OHADA », in *Penant* n° 867, avril-juin 2009, p. 206 et s.

¹²⁴⁵ V. P. MEYER, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA » in *Penant* n°855, avril-juin 2006 ; M. MAÏDAGI, *op. cit.*, p. 187.

pas recevable, une étude menée par l'ERSUMA (École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'OHADA) sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA¹²⁴⁸ vient pourtant confirmer cet état de fait.

1044. La construction d'un espace judiciaire intégré et protecteur¹²⁴⁹ des investissements nécessitera, à coup sûr, une certaine transparence des frontières des États membres de l'OHADA, mais également une réforme du régime de nullité des exploits et des actes de procédure. En effet, les dispositions de l'AUVE prescrivent une kyrielle de formalités à peine de nullité.

Ce nouveau droit des nullités¹²⁵⁰ n'est pas favorable à la réalisation rapide des créances civiles et commerciales dans la mesure où le titre exécutoire et les actes d'exécution sont noyés dans un formalisme excessif qui les rend inopérants.

2. L'adaptation des voies d'exécution à toutes les institutions de crédit

1045. Les procédures légales de recouvrement instituées par l'AUPSRVE causent de graves difficultés à certaines institutions financières représentées par les institutions de micro finance(IMF)¹²⁵¹ qui éprouvent d'énormes difficultés à recouvrer¹²⁵² facilement et rapidement

¹²⁴⁶ V. dans ce sens L. BENKEMOUN, « Sécurité juridique et investissements internationaux », in Penant n°855, avril-juin 2006, p 195, qui affirme que « actuellement, la qualité des décisions commerciales en premier et deuxième ressort est tellement inégale et aléatoire sur l'étendue de l'espace OHADA qu'elle accrédite bien des préventions de la part des investisseurs internationaux ».

¹²⁴⁷ A. A de SABA, La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales; droit de l'OHADA et pratique Européenne, *op. cit.*, p. 209, n°424.

¹²⁴⁸ V. M. SAMB, « Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, N° 1 - Juin 2012, Dossier : Le Recouvrement des Créances.

¹²⁴⁹ Lire à ce sujet la Communication du président de la CCJA sur « L'impact de l'instauration de la CCJA de l'OHADA dans les systèmes judiciaires nationaux ». http://www.institut-idef.org/IMG/pdf/COMMUNICATION_DU_PRESIDENT_CCJA_RENCONTRE_INTER_.pdf.

¹²⁵⁰ De nombreux pays africains come le Mali, la Côte d'ivoire, le Sénégal, le Gabon et le Niger, contournaient ce risque en alignant leur régime des nullités sur celui initié par la majorité des pays européens dont la France.

¹²⁵¹ Aujourd'hui encore, pour le grand public, la micro-finance se confond avec le microcrédit. Elle désigne les dispositifs permettant d'offrir des crédits de faible montant (« microcrédits ») {des familles pauvres pour les aider à conduire des activités productives ou génératrices de revenus. Avec le temps, la micro-finance s'est élargie pour inclure désormais une gamme de services plus large (crédit, épargne, assurance, transfert d'argent, etc.) et une clientèle plus étendue également. Dans ce sens, la micro-finance ne se limite plus aujourd'hui {l'octroi de microcrédit mais bien à la fourniture d'un ensemble de produits financiers à tous ceux qui sont exclus du système financier classique ou formel. Au sein du secteur, le terme institution de micro-finance renvoie aujourd'hui {une grande variété d'organisations, diverses par leur taille, leur degré de structuration et leur statut juridique (ONG, association, mutuelle/coopérative d'épargne et de crédit, société anonyme, banque, établissement financier etc.). Source : <http://www.lamicrofinance.org/section/faq#1> .

¹²⁵² V. Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : Benin, Burkina-Faso, Mali, Senegal, CRED- ERSUMA 2012.

leur créance. Cela en raison de la lourdeur et la complexité de toutes les procédures légales qu'ils doivent respecter.

Dans la mouvance du processus de révision des Actes uniformes, il importe de penser à une meilleure adaptation des dispositions de l'AUPSRVE à certains secteurs dont celui de la micro finance¹²⁵³. Une première disposition à revoir est sans doute l'article 336 de l'AUPSRVE qui dispose que « *Le présent Acte Uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les États parties* ». Ce texte enlève au législateur national toute possibilité de réglementer dans les domaines relatifs aux voies d'exécution¹²⁵⁴.

1046. Il est peut-être temps pour le législateur OHADA de songer à rendre plus flexible le droit OHADA en établissant des lois types ou lois modèles¹²⁵⁵ plutôt que des textes rigides, cela pour tenir compte aussi des réalités propres à chaque État membre. Il conviendrait ainsi de permettre au législateur national d'instituer une procédure de saisie directe, en faveur des IMF, qui aura l'avantage de dispenser celles qui sont créancières d'obtenir au préalable un titre exécutoire par voie judiciaire. À partir du moment où la comptabilité de l'institution de micro finance (IMF) agréée est contrôlée et certifiée par les autorités de supervision, une créance certaine, liquide et exigible d'un certain montant à définir en fonction du contexte local (allant par exemple jusqu'à un million) pourrait faire l'objet d'un recouvrement par saisie directe pratiquée dans des conditions devant être précisées afin d'éviter les abus.

§2. Les réformes exogènes au droit OHADA

1047. Ces aménagements sont désignés comme exogènes au droit des sûretés, car elles ne concernent pas directement des matières qui font l'objet de réglementation d'un Acte uniforme de l'OHADA.

¹²⁵³ V. dans ce sens M. SAMB, *Le droit de la micro finance dans l'espace OHADA*, préf. F. O. ETOUNDI, publication de l'ERSUMA, 1^e éd. 2012, p. 84 et s.

¹²⁵⁴ C'est ainsi que dans l'Avis n°002/99/EP du 13 octobre 1999, La Cour commune de justice et d'arbitrage a estimé que : « les articles 336 et 337 de l'AURVE ayant exclu toute possibilité de dérogation audit Acte uniforme dans les matières qu'il concerne, il s'ensuit que l'article 16 du projet de loi malien qui déroge à l'article 39 de l'Acte uniforme en ce qu'il édicte des conditions nouvelles impératives et restrictives pour le bénéficiaire par le débiteur du délai de grâce, est contraire et incompatible avec l'article 39 précité ».

¹²⁵⁵ V. dans ce sens K. O. C. DOGUE, « Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA » in *Revue ERSUMA*, n°4, septembre 2014, p. 159 et s.

La refonte du droit des sûretés réelles avec le rassemblement de presque toutes les sûretés réelles sous le concept unique d'hypothèque, même s'il apporte une dose certaine de cohérence et de rationalisation, nécessite des aménagements complémentaires en vue d'une efficacité qu'on pourrait qualifier d'effective.

1048. Cette réforme complémentaire doit consister au renforcement de la démocratisation de l'information sur le crédit qui est préconisée par tous les rapports et organismes mondiaux de développements.

Emboîtant le pas à d'autres pays qui ont expérimenté avec succès, les bureaux d'informations sur le crédit (BIC), la zone UEMOA a décidé elle aussi de les instituer en vue d'un accroissement du crédit.

L'impact positif de l'institution de ses bureaux sur l'efficacité des garanties et partant, de la facilitation de l'accès au crédit mérite qu'on s'assure de leur mise en place effective (A) pour que ce ne soit pas lettre morte.

Mais toutes ces réformes seront vaines si conjointement des efforts en matière de bonne gouvernance ne sont pas menés (B).

A. Le renforcement de l'efficacité par la création de BIC au niveau communautaire

1049. Le constat est clair, les PME sont au cœur de la croissance économique comme l'ont pleinement démontré les pays émergents dans le monde. Mais sans financement adéquat, la croissance des PME est ralentie. Pour traduire les conséquences du manque de financement des PME par les institutions financières, Alassane OUATTARA¹²⁵⁶, utilise une tournure qui mérite d'être reprise. En effet, il affirme que « *Tout comme le sang qui irrigue le cœur, le crédit bancaire doit irriguer notre économie. Si le débit n'est pas assez suffisant, alors le cœur s'essouffle tout comme la croissance économique d'un pays* ».

Cette affirmation se vérifie à l'échelle régionale ou dans le cadre de l'OHADA, qui à travers la réforme du droit des sûretés, visait un accroissement du crédit.

1050. Cependant, lorsqu'on se réfère aux différentes études sur les PME, qui représentent la majorité des entreprises dans l'espace OHADA, il en ressort que plus de

¹²⁵⁶ M. A. OUATTARA, actuel président de la Côte d'Ivoire a été vice président du FMI (fond monétaire international) de 1994 à 1999. <http://news.abidjan.net/h/511037.html>.

70%¹²⁵⁷ de celles-ci accèdent difficilement au financement, notamment aux crédits à moyen et long terme. Les institutions financières locales qui ciblent les PME peinent à mobiliser des ressources longues auprès des marchés de capitaux et des partenaires financiers.

Comparativement à d'autres pays en développement, les économies des États membres de l'UEMOA¹²⁵⁸ demeurent caractérisées par la faiblesse des ressources mobilisées au profit des secteurs productifs. Au 31 décembre 2012, les crédits bancaires ont représenté 21,4% du PIB dans l'Union, contre 36,3% au Nigeria, 103,1% au Maroc et 182,2% en Afrique du Sud.

Selon les chiffres donnés par la SFI, en Afrique de l'Ouest seul 7% des personnes adultes ont un crédit, par rapport à 22% au Moyen-Orient et Afrique du Nord, 40% en Asie de l'Est et pacifique, et plus de 80% dans les pays de l'OCDE. En outre, le rapport *Doing Business* de 2013 classe les pays membres de l'UEMOA à la 129^e place sur 185 dans le domaine de l'obtention de prêts¹²⁵⁹.

1051. Par ailleurs, malgré leur poids dans les économies locales et en dépit de leur rôle moteur en termes de développement économique, les PME ont un accès très limité au marché des financements¹²⁶⁰, particulièrement en Afrique subsaharienne(ASS). D'une part, le taux de pénétration bancaire en ASS est très faible¹²⁶¹, le total des actifs bancaires ne s'élève qu'à 32 % du PIB en moyenne et les crédits au secteur privé constituent moins de la moitié de ces actifs; d'autre part, ce sont principalement les grandes entreprises¹²⁶², souvent étrangères, qui bénéficient de la majorité des financements.

Selon plusieurs études¹²⁶³, les difficultés d'accès aux financements sont le premier obstacle au développement des PME d'ASS, assez loin devant les problèmes de corruption, de déficience

¹²⁵⁷ Ce chiffre est donné par A. OUATTARA, économiste de son état, dans une allocution prononcée lors de l'inauguration du siège de la maison de l'entreprise à Abidjan en septembre 2014. Consultable ici : <http://news.abidjan.net/h/511037.html>.

¹²⁵⁸ Tous les États membres de l'UEMOA le sont aussi à l'OHADA.

¹²⁵⁹ Ce rang n'a d'ailleurs connu aucun changement dans le dernier rapport doing business au titre de l'année 2014.

¹²⁶⁰ V. A. OUATTARA, *op. cit.* : <http://news.abidjan.net/h/511037.html>.

¹²⁶¹ Ce taux est seulement de 4% en Côte d'Ivoire qui représente pourtant près de 40% du PIB de la zone UEMOA. Il est inférieur à 10% dans la plus part des pays de l'Afrique subsaharienne.

¹²⁶² A titre d'illustration de la priorité accordée aux grandes entreprises par les institutions bancaires traditionnelles, on peut citer l'exemple de la banque atlantique en Côte d'Ivoire(BACI) qui a octroyé en 2013 ses plus gros prêts à des grandes sociétés nationales opérant dans le domaine des hydrocarbures à savoir la société ivoirienne de raffinage (S.I.R) et la société nationale d'opérations pétrolières (PETROCI). Cette tendance s'est poursuivie en 2014, sur un total d'environ 731 millions d'euros de crédit octroyés, 75 millions ont été prêtés au port autonome d'Abidjan (PAA) qui est le plus grand port d'Afrique de l'ouest et le deuxième plus grand port d'Afrique après celui de Durban (Afrique du sud) et avant ceux de Lagos (Nigeria) et Dakar (Sénégal). Les chiffres sont consultables sur : <http://economie.jeuneafrique.com/regions/afrique-subsaharienne/23329-dopee-aux-dirhams-la-baci-gagne-du-terrain.html?>

¹²⁶³ Africapractice, 2005 ; FMI, 2004 ; Aryeetey, 1998.

des infrastructures ou bien de fiscalités abusives. Ces études estiment que 80 à 90 % des PME d'ASS connaissent des contraintes de financement importantes. Privées de l'accès au marché des financements, les PME couvrent le plus souvent la totalité de leurs besoins par des ressources personnelles.

1052. La frilosité¹²⁶⁴ des banques à l'égard des PME s'explique principalement par la forte asymétrie d'information qui existe entre entrepreneurs et banquiers. Plusieurs facteurs, spécifiques au contexte d'ASS, en sont à l'origine. Cette forte asymétrie¹²⁶⁵ d'information a pour conséquence de déprécier la valeur des garanties offertes par les emprunteurs là où elles étaient censées rassurer les fournisseurs de crédit.

En vue de solutionner ce problème et permettre un accroissement du crédit¹²⁶⁶ en particulier pour la grande partie de leur population généralement en marge des structures traditionnelles de prêts dans son espace, à l'instar de bon nombre de pays¹²⁶⁷, un protocole d'accord de coopération a été signé dans ce sens entre la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO) et la Société financière internationale (SFI), le jeudi 12 septembre 2013 à Dakar afin d'instituer des bureaux d'information sur le crédit dans tous les pays de l'Union monétaire Ouest africain (UEMOA).

¹²⁶⁴ J. LEFILLEUR, « Comment améliorer l'accès au financement pour les pme d'Afrique subsaharienne ? », in *Afrique contemporaine*, 2008/3, n° 227 p. 156.

¹²⁶⁵ Tirant les conséquences de ces chiffres peu reluisants, la secrétaire général de la banque centrale des États de l'Afrique de l'ouest (BCEAO), Mme F. Zahra Diop, affirmera que « outre les facteurs structurels liés à la faiblesse de l'épargne, cette situation s'explique par le rationnement du crédit découlant notamment de l'asymétrie d'information entre les prêteurs et les emprunteurs ». <http://fr.allafrica.com/stories/201309161834.html>.

¹²⁶⁶ Yolande Duhem, Directrice régionale pour l'Afrique de l'Ouest et du Centre de la SFI (société financière internationale) affirme à ce propos que « c'est la façon la plus simple et la plus efficace d'accroître l'accès au crédit en particulier pour les segments de la population généralement en marge des structures traditionnelles de prêts. Il s'agira, en quelque sorte, de permettre aux prêteurs de disposer de plus d'éléments d'appréciation sur les risques par rapport à un prêt ». <http://fr.allafrica.com/stories/201309161834.html>.

¹²⁶⁷ Les Philippines ont amélioré le partage des informations sur le crédit en garantissant le droit des emprunteurs d'accéder à leurs données au sein du bureau de crédit le plus important du pays. Dans l'ex République yougoslave de Macédoine, de nouveaux amendements ont été apportés à la Loi sur les Engagements Contractuels adoptée en juin 2012 afin d'autoriser une plus grande flexibilité dans la rédaction des conventions de prêt impliquant des sûretés mobilières. (Rapport doing business 2014, p .11) ; v. aussi Le Gouvernement kényan qui a intensifié ses efforts pour améliorer l'accès du secteur privé au crédit bancaire en réduisant l'asymétrie de l'information entre emprunteurs et prêteurs. En juillet 2010, il a institué un système de partage de l'information en matière de crédit à l'intention des banques et des particuliers. Il existe au Kenya deux sociétés d'information financière agréées chargées de recueillir et de traiter des informations sur la solvabilité d'emprunteurs potentiels et de les diffuser auprès des prêteurs. En 2013, les autorités ont annoncé la mise en place d'une nouvelle réglementation concernant les sociétés d'information financière, qui exigerait que les institutions financières agréées en vertu de la loi sur les banques et de la loi sur le micro financement partagent l'information sur la solvabilité des emprunteurs par l'intermédiaire de sociétés d'information financière agréées. Cette réglementation et le système de partage de l'information financière devrait renforcer les normes d'évaluation de la solvabilité, réduire la nécessité d'exiger des garanties, inculquer aux emprunteurs une discipline en matière de crédit et élargir l'accès du secteur privé au crédit. Source: Banque centrale du Kenya. (Rapport CNUCED 2014 P. 49).

1053. Le projet de création de bureaux d'informations sur le crédit a été approuvé par la conférence des chefs d'État et de gouvernement de l'UEMOA. Sera ensuite adoptée une loi uniforme portant réglementation des BIC par le conseil des ministres de l'union le 28 juin 2013. Les États membres se devaient donc de prendre toutes les mesures nécessaires pour insérer ce nouveau dispositif dans leur législation interne en s'inspirant du modèle¹²⁶⁸ rédigé par la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (B.C.E.A.O).

1054. Le rôle et le but poursuivis par l'instauration de ces bureaux nous ont poussé à en faire la présentation, car la proximité de leurs objectifs avec le droit OHADA sur les sûretés n'est pas difficile à démontrer.

En effet, on ne saurait traiter de l'efficacité des sûretés réelles en omettant d'étudier les BIC. Les sûretés réelles à elles seules, il faut l'admettre, ne peuvent dans le contexte actuel des économies des États membres de l'OHADA, favoriser l'accroissement de l'octroi de crédit. Autrement dit, l'efficacité des sûretés réelles ne pourrait se conjuguer seule, car outre les garanties, les investisseurs ou les prêteurs exigent de savoir aussi à quel type d'emprunteurs et futurs débiteurs ils auront à faire.

1055. Même si tous les États membres de l'UEMOA n'ont pas encore satisfait à cette recommandation du Conseil des ministres, certains¹²⁶⁹, notamment la Côte d'Ivoire s'y est attelée récemment.

Ce qui devrait nous permettre de disséquer le régime juridique de ces institutions (2) après avoir exposé sa nature juridique (1).

1. Nature juridique des BIC

1056. Suivant en cela la recommandation du Conseil des ministres de l'UEMOA, la Côte d'Ivoire a procédé, en avril 2014, à la mise en place effective des bureaux d'informations sur le crédit dans son corpus législatif¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ http://www.bceao.int/IMG/pdf/loi_uniforme_reglementation_bic_francais.pdf.

¹²⁶⁹ Au Togo un avant projet de loi a été adopté en Mars 2014, En Côte d'Ivoire la loi n° 2014-136 portant réglementation des Bureaux d'Information sur le Crédit a été votée le 26 mars 2014. Au Sénégal la loi uniforme 2014-02 portant réglementation des Bureaux d'information sur le crédit (BIC) dans les États membres de l'Union monétaire ouest africaine (UMOA) elle a été votée le 30 décembre 2013.

¹²⁷⁰ V. Loi n° 2014-136 du 24 mars 2014 portant réglementation des Bureaux d'Information sur le Crédit publiée au journal officiel (J. O.) du 18 avril 2014.

Comme son nom l'indique, ces bureaux sont destinés à rendre l'accès à l'information sur les éventuels emprunteurs plus aisés, car bon nombre d'acteurs du crédit notamment les institutions étrangères de crédit se plaignaient de ce vide juridique qui ne favorisait pas l'épanouissement du crédit ou augmentait exponentiellement son coût.

En effet, en dépit de la réforme des garanties OHADA intervenue en 2011, les PME éprouvent toujours les mêmes difficultés à obtenir du crédit ou à se faire financer.

Accusées, les institutions bancaires avancent le manque d'informations sur le crédit dans la majeure partie des États membres de l'OHADA.

1057. Les **Bureaux d'Information sur le Crédit, en abrégé BIC** ont donc pour mission de dissiper toutes ces craintes afin de rendre le crédit plus sûr et surtout moins coûteux dans la zone UEMOA et partant, dans la zone OHADA¹²⁷¹.

Les bureaux d'information et de crédit seront chargés de collecter, auprès des organismes financiers, de sources publiques et des grands facturiers (sociétés de fourniture d'eau, d'électricité et des sociétés de téléphonie), des données sur les antécédents de crédit ou de paiement d'un client.

Leur mission principale est détaillée au titre IV. Ainsi doivent-ils en vertu de cette loi¹²⁷² :

- Collecter et à stocker des informations sur le crédit ;
- Traiter des informations sur le crédit ;
- Fusionner différentes sources d'informations et à mettre à la disposition des utilisateurs des rapports de crédit à titre onéreux ;
- Diffuser des informations de crédit et des rapports pour les utilisateurs ;
- Offrir des services à valeur ajoutée aux utilisateurs après autorisation de la BCEAO ;
- Exercer toute autre activité connexe autorisée par la BCEAO.

Leur fonction est indispensable puisque la BCEAO les rend presque incontournables dans la fourniture de crédit. En effet, la loi uniforme¹²⁷³ enjoint à tout établissement supervisé par la banque centrale et la commission bancaire de l'union de nécessairement et obligatoirement :

¹²⁷¹ Tous les pays membres de l'UEMOA (Benin, Burkina Faso, Cote d'Ivoire, Guinée Bissau, Mali, Niger, Sénégal, Togo), sont également membres de l'OHADA.

¹²⁷² Art. 33 loi précitée.

¹²⁷³ V. art. 60.

- adresser, en vue d'une évaluation du risque de crédit, une requête au BIC aux fins d'obtenir un rapport de crédit avant d'octroyer un crédit à un client à condition qu'un consentement préalable, libre et écrit ait été donné par le client concerné ;
- faire figurer dans le dossier de chaque client sollicitant un concours financier, le rapport de crédit.

Le rôle important des BIC dans le développement du crédit atteste du caractère assez particulier de son régime juridique.

2. Régime juridique des BIC

1058. Les **Bureaux d'Information sur le Crédit (BIC)**, ont donc été institués en tant que, « *personne morale¹²⁷⁴ agréée qui effectue, à titre de profession habituelle, la collecte, la compilation, le stockage, le traitement et la diffusion d'informations sur le crédit et d'autres données connexes qui sont reçues à partir de sources ou de fournisseurs de données, conformément à un accord spécifique signé par les parties, aux fins de compilation et de mise à disposition de rapports de crédit et offrant des services à valeur ajoutée aux utilisateurs* ».

1059. La réglementation des BIC se veut assez stricte pour éviter tout abus vu le rôle primordial qui est le leur dans le développement économique des États. La preuve de cette rigueur nous est donnée dans le montant minimum du capital social des BIC dont la détermination¹²⁷⁵ revient au Conseil des ministres. En sa réunion ordinaire du 26 septembre 2013, le Conseil des ministres de l'UMOA a décidé de fixer le montant minimum du capital social des Bureaux d'Information sur le Crédit dans les États membres de l'UMOA à cinq cents millions (500.000.000) de FCFA. Comme nous le constatons, le capital social exigé pour les BIC qui doivent « *obligatoirement* » adopter la forme sociétale de société anonyme, déroge à ce qui est prévu par l'Acte uniforme OHADA sur les sociétés commerciales.

¹²⁷⁴ V. art. 16 loi précitée.

¹²⁷⁵ V. Art. 18 al. 1^{er}, loi précitée dispose que : « Le capital social des BIC ne peut être inférieur au montant minimal fixé par le Conseil des ministres de l'UMOA ».

1060. En effet, l'AUSCGIE prévoit deux situations dans la fixation du capital social minimum lors de la constitution d'une société anonyme. Dans le premier cas, lorsque la société se constitue sans appel public à l'épargne, l'AUSCGIE dispose que la SA doit avoir un capital minimum de dix millions ¹²⁷⁶(10.000000¹²⁷⁷) de FCFA. La seconde est prévue par l'article 824¹²⁷⁸ de l'AUSCGIE qui en cas de constitution d'une société anonyme dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres fixe le montant minimum du capital à cent millions (100.000.000) de francs CFA ».

Cet écart dans le capital minimum exigé par ces deux institutions nous amène à nous interroger sur la nature des BIC.

Est-ce des sociétés anonymes particulières ? Où est-ce la nature et les missions qui leur sont assignées qui justifient cette entorse ? Où serait-ce une simple méconnaissance de l'UMOA des dispositions de l'AUSCGIE ?

Dans tous les cas, ce capital minimum imposé au BIC traduit en notre sens la volonté du législateur UEMOA de réserver la création de ces bureaux à une certaine catégorie de personnes.

1061. Cette pensée est confirmée par les règles qui gouvernent l'obtention de l'agrément nécessaire pour ouvrir un BIC. Une lecture combinée des articles 4 et 5 et 13 de la loi¹²⁷⁹ de la BCEAO sur les BIC nous renseigne sur les conditions essentielles et la procédure assez rigide pour obtenir l'agrément. Seules des personnes morales dont les dirigeants sociaux justifient eux-mêmes d'une certaine probité peuvent prétendre à l'obtention de cet agrément. Ce qui se justifie au regard des enjeux.

Même si chaque État est libre d'édicter les règles destinées à régir les BIC sur son territoire, la supervision¹²⁸⁰ et le contrôle régulier de ces établissements sont la prérogative du conseil des ministres de l'union et surtout de la banque centrale.

Et, compte tenu de la sensibilité des informations détenues par ces établissements, ils sont soumis à plus d'une douzaine d'obligations¹²⁸¹ à respecter scrupuleusement. Il est ainsi interdit

¹²⁷⁶ Art. 387 AUSCGIE.

¹²⁷⁷ Soit environ 15000 euros.

¹²⁷⁸ Article 824 AUSCGIE : « Le capital minimum de la société dont les titres sont inscrits à la bourse des valeurs d'un ou plusieurs États parties ou faisant publiquement appel à l'épargne pour le placement de leurs titres dans un ou plusieurs États parties est de cent millions (100.000.000) de francs CFA ».

¹²⁷⁹ Loi uniforme portant réglementation des bureaux d'information sur le crédit dans les États membres de l'union monétaire ouest africaine (UMOA) du 3 juin 2013.

¹²⁸⁰ V. art. 26 et s.

de fournir des informations sur une personne que dans des conditions strictement définies. En effet, la loi uniforme¹²⁸² sur les BIC prescrit qu'ils ne puissent fournir des informations que pour les seuls motifs suivants :

- L'évaluation de la solvabilité d'un client dans le cadre de l'octroi d'un crédit ou du recouvrement d'une créance ;
- la réquisition de la justice ;
- l'application d'un traité international ratifié par un État membre de l'UMOA, sous réserve de réciprocité ;
- le suivi des risques et les besoins de la supervision des institutions financières par les organismes habilités ;
- tout autre motif approuvé par la BCEAO ;
- sur demande du client.

Le non-respect de ces obligations assez strictes par les BIC les expose à diverses sanctions pouvant aller jusqu'au retrait pur et simple leur agrément¹²⁸³ et à l'emprisonnement de leur auteur¹²⁸⁴.

¹²⁸¹ Art 41 : « Le BIC a l'obligation : de mettre en place un dispositif technique approprié de collecte des données sur le crédit auprès des fournisseurs de données ;
de fournir aux utilisateurs de données des rapports de crédit détaillés, mis à jour, sur la base des informations historiques et courantes de crédit du client comprenant notamment les soldes approuvés et en souffrance, les limites de crédit, les cessations de paiement, le solde des arriérés ;
de ne diffuser que les informations dont l'ancienneté n'excède pas cinq ans ;
d'archiver les informations dans un délai supplémentaire de cinq ans, et de les utiliser en cas de contentieux judiciaire ou sur requête de la BCEAO ;
d'accorder aux clients dont les antécédents de crédit sont enregistrés dans la base de données, l'accès à leurs propres rapports de crédit sur présentation d'une preuve d'identité ;
d'accorder aux clients le droit de contester et de rectifier des données les concernant ;
de mettre en place un dispositif de traitement des réclamations des clients ;
de maintenir des niveaux adéquats et des normes minimales de qualité des données ;
de garder un registre de toutes les demandes de renseignements et demandes reçues des utilisateurs dans un format qui indique notamment la finalité pour laquelle les renseignements ont été demandés ;
d'informer la BCEAO sur les insuffisances du dispositif de sécurité à chaque fois que le système enregistre une menace ;
de prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer qu'un dispositif adéquat est mis en place pour sécuriser la base de données et éviter l'accès, la modification et la divulgation d'informations par des individus y compris les membres de son personnel ou des institutions non autorisés ;
de prendre toutes les dispositions requises auprès de son personnel pour conserver les données personnelles contenues dans les informations sur le crédit de manière strictement confidentielle ;
de prendre au même titre que les fournisseurs de données toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les données sont exactes, à jour et sincères ;
de tenir un registre sur les manquements relatifs à la qualité des données transmises; personnes qui lui sont fournies.

¹²⁸² V. art 59.

¹²⁸³ V. art. 64 alinéa 1^{er}. 6.

¹²⁸⁴ V. art. 65 et s. de la loi uniforme.

La facilitation de l'accès à l'information sur le crédit avec l'institution des BIC, même si elle est louable, doit s'accompagner indispensablement de l'amélioration socio-économique et politique dans la zone OHADA, pour un regain d'efficacité du droit des sûretés réelles.

B. La pratique de la bonne gouvernance

1062. Le thème de la bonne gouvernance connaît une effervescence constante aussi bien dans l'ordre international que dans l'ordre interne depuis environ deux décennies. L'étonnante promotion de la bonne gouvernance est relativement récente pourtant on lui trouve une origine plus ancienne.

1063. L'idée de « *bon gouvernement* » ou de « *bonne administration* » appartient à la littérature politique et juridique depuis le Moyen Âge¹²⁸⁵. Introduite dans la *Common Law*, transposée dans le droit américain (*Good Governance*), présente dans la jurisprudence du Conseil d'état en France, avant d'être enfin redécouverte par la banque mondiale la « *bonne gouvernance* » doit conduire en principe à une gestion impartiale, transparente et efficace des affaires publiques. En tant que vocable, la gouvernance ne date donc pas d'hier, puisque son usage dans diverses langues, dont le français, remonte à plusieurs siècles. Le concept de « *bonne gouvernance* » est apparu à la fin des années 1990 dans les conditionnalités liées aux financements octroyés aux pays en développement par les institutions financières internationales et les autres bailleurs de fonds.

1064. Il est d'actualité dans le débat sur la croissance économique car, il est de plus en plus admis que la bonne gouvernance qui se manifeste à travers la qualité des institutions¹²⁸⁶ est nécessaire pour accélérer le développement. En outre, une amélioration des systèmes judiciaires souvent peu fiables et lents de la circulation de l'information financière, par la création notamment de centrales des risques et des incidents de paiements, et un

¹²⁸⁵ V. dans ce sens A. C. SIDIA, *Gouvernance et croissance économique en Afrique subsaharienne*, th., Nice 2009, p. 72 et s.

¹²⁸⁶ v. dans ce sens, Nicolas MEISEL et Jacques OULD AOUDIA, *La Bonne Gouvernance est-elle une bonne stratégie de développement ?* p. 18, qui sont arrivés à la conclusion, au terme d'une analyse économique de la bonne gouvernance que c'était « rien d'autre qu'un stade avancé dans la formalisation des règles ». Disponible en ligne : <http://ces.univ-paris1.fr/membre/seminaire/heterodoxies/Pdf/OuldAoudia.pdf>; égal. SUSANA CARRILLO, VINCENT FRUCHART, « La bonne gouvernance comme catalyseur de la Croissance », ATELIER SOURCES DE CROISSANCE, Bujumbura 29 Mai, 2007. Disponible en ligne: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/gouvernanceetcroissanceBurundi.pdf>.

assainissement des pratiques des autorités fiscales, autant d'aspects dépendants des autorités de contrôle et de régulation, encourageraient l'intervention des banques sur les PME¹²⁸⁷.

1065. La nécessité pour nous de traiter de la bonne gouvernance dans cette étude axée sur la question de l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, part du constat fait par Julien LEFFILEUR selon lequel : « *Dans tous les cas, la complexité et les délais des procédures d'enregistrement des sûretés et des procédures de recouvrement, notamment par rapport aux montants mis en jeu, ainsi que la faiblesse des systèmes judiciaires, souvent confrontés à des problèmes de gouvernance, et l'incertitude sur l'issue des procédures de recouvrement font que la prise de garantie n'apparaît pas être un bon moyen pour la banque d'atténuer le risque* »¹²⁸⁸. L'impact et la corrélation entre l'efficacité d'un système de garantie et la qualité de la gouvernance dans un État est réaffirmée par diverses études menées au niveau international¹²⁸⁹.

1066. Plusieurs définitions sont données à cette expression. Les unes voient dans la "gouvernance" le seul aspect original de l'économie, les autres la transforment à l'aspect politique, les autres encore rassemblent les deux aspects et y ajoutent l'aspect juridique ou formel.

En effet, retenant les points de vue émis à la fois par le Conseil d'analyse économique créé par l'ex-Premier ministre Français, Lionel Jospin, dans un ouvrage tiré d'un colloque organisé avec la Banque Mondiale et intitulé « *Gouvernance, Équité et Marchés Globaux* »¹²⁹⁰, et par la Commission de Bruxelles, dans le document intitulé « Livre blanc sur la gouvernance européenne », publié en juillet 2001 et adopté par le Conseil Européen de Bruxelles en décembre 2001, donne la définition suivante de la bonne gouvernance : « L'ensemble des règles, des procédures et des pratiques qui affectent la façon dont les pouvoirs sont exercés à

¹²⁸⁷ J. LEFFILEUR, *op. cit.*, p. 162

¹²⁸⁸ *Ibid.*, p. 158.

¹²⁸⁹ V. Th. VOGL, « La lutte contre la corruption: condition essentielle pour la réussite de l'OHADA », in Penant n° 867, avril-juin 2009, p. 206 S. ; Egal. rapport doing business 2014, pp. 18 et s. Document consultable en ligne <http://francais.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2014>. Contra. V. Nicolas MEISEL et Jacques OULD AOUDIA, La Bonne Gouvernance est-elle une bonne stratégie de développement ? p. 18, qui sont arrivés à la conclusion, au terme d'une analyse économique de la bonne gouvernance que c'était « rien d'autre qu'un stade avancé dans la formalisation des règles ». Et, malgré son plébiscite par toutes les organismes internationaux, la bonne gouvernance « n'a pas prouvé sa pertinence comme stratégie de développement ». p. 47. Document consultable en ligne : <http://ces.univ-paris1.fr/membre/seminaire/heterodoxies/Pdf/OuldAoudia.pdf>.

¹²⁹⁰ Cet ouvrage a été traduit en anglais sous le titre « Governance, equity and global markets », the annual book conference on development economics-Europe, sous la direction de Joseph E. STIGLITZ et Pierre-Alain MUET, oxford university press, Oxford, 2001, 324p., 25 livres.

l'échelle européenne », et ce dans une démarche qui « occupe la zone intermédiaire entre le plus tout à fait administratif et le pas encore constitutionnel »¹²⁹¹.

1067. Cette définition de la bonne gouvernance en Europe exclut cependant l'économie qui constitue la base même de la bonne gouvernance.

Pour Marie-Claude SMOUTS, Directrice de recherche au Centre National de Recherche Scientifique : « *Le concept gouvernance est lié à ce que les grands organismes de financement en ont fait : un outil idéologique pour une politique de l'État minimum* »¹²⁹². Un État où, selon Ali KIZANCIGIL, « *l'administration publique a pour mission non plus de servir l'ensemble de la société, mais de fournir des biens et des services à des intérêts sectoriels et à des clients consommateurs, au risque d'aggraver les inégalités entre les régions du pays* »¹²⁹³.

De leur côté, Ferdinand KAPANGA MUTOMBO¹²⁹⁴ et Kheimais CHAMMARI¹²⁹⁵ donnent une définition beaucoup plus réaliste de la gouvernance : la bonne gouvernance est « *l'exercice de l'autorité politique, économique et administrative pour gérer à tous les niveaux les affaires d'un pays. Elle comprend, de ce fait, les processus, les mécanismes et les institutions au moyen desquels les citoyens et les divers groupes articulent leurs intérêts, exercent leurs droits, assurent leurs obligations et négocient pacifiquement et conformément à des lois, donnant une chance égale à tous et à toutes, leurs différends et leurs conflits* ». Englobant en plus de l'État, le secteur privé, et la société civile, la gouvernance, qualifiée de « *bonne* » au sens où elle doit tendre à une amélioration progressive et continue, ajoute ainsi une dimension normative aux objectifs de gestion et de croissance ».

Cette définition nous paraît répondre aux vœux et à l'idéologie de ceux qui ont répandu la notion de la bonne gouvernance. En effet, outre qu'elle exige la responsabilisation des décideurs à tous les échelons de l'appareil de l'État, la définition précitée fait ressortir non

¹²⁹¹ CASSEN B., « Le piège de la gouvernance », in *Le Monde diplomatique*, juin 2001, p.28, disponible en ligne: www.monde-diplomatique.fr.

¹²⁹² V. SMOUTS M. C., « Du bon usage de la gouvernance en relations internationales », *Revue internationale des sciences sociales*, Unesco, Paris, n°155, mars 1998, p.35.

¹²⁹³ KAZANCINGIL, A., « Gouvernance et science : mode de gestion de la société et production du savoir empruntés au marché », *Revue Internationale des sciences sociales*, Unesco, Paris, n°155, mars 1998.

¹²⁹⁴ KAPANGA, M. F., « La Bonne Gouvernance et le Développement Humain » in *Ligue Congolaise Des Electeurs*, p. 9. cité par Pierre Félix KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO, *De L'exercice des droits et libertés individuels et collectifs comme garantie d'une bonne gouvernance en Afrique noire : cas de la république démocratique du Congo*, Mémoire, Diplôme universitaire, 3^e cycle, Droits fondamentaux Lubumbashi, 2005, p. online : http://www.memoireonline.com/02/07/362/m_exercice-droits-libertes-individuelles-collectif-gouvernance-afrique-noire-rdc31.html.

¹²⁹⁵ K.CHAMMARI, « Gouvernance, Décentralisation, Droits de l'homme et société civile », *Atelier sur la gouvernance à l'intention des journalistes Maghrébins*, Nouakchott, 17 au 18 mai 2000, disponible en ligne : <http://www.pnud.mr/gouvernance/seminaire/chammari.htm>.

seulement les aspects politiques, administratifs et économiques, mais également ceux juridiques, notamment la primauté du droit, l'application impartiale de la règle de droit, l'égalité de tous et celle des chances, la participation de tous les citoyens dans la gestion de la res publica, la transparence, l'équité, l'efficacité et l'effectivité, concepts aussi exigés pour l'exercice effectif des droits de l'homme.

La Banque Mondiale, appréhende la bonne gouvernance comme « *la manière par laquelle le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays au service du développement* »¹²⁹⁶.

La Coopération pour l'Aide au Développement (CAD) et l'Organisation de Coopération pour le Développement Économique (OCDE) l'envisage comme : « *l'exercice du pouvoir politique ainsi que d'un contrôle dans le cadre de l'administration des ressources de la société aux fins de développement économique et social* »¹²⁹⁷.

1068. Plusieurs définitions peuvent encore être avancées. Mais elles convergent toutes à traduire la gouvernance comme la nature des droits qui façonnent l'exercice du pouvoir politique et à la relation qui existe entre ceux qui sont au pouvoir et ceux qui ne le sont pas¹²⁹⁸.

Nous pouvons donc rassembler toutes ces définitions autour de celle donnée par le représentant résident¹²⁹⁹ du FMI qui appréhende la bonne gouvernance comme « *le remodelage des politiques de gestion publique en vue de faire face aux défis du développement. Cette définition fait du développement, l'intérêt principal de la bonne gouvernance* ».

1069. De ces définitions, il demeure difficile de déterminer clairement les caractéristiques, ou les indicateurs, de la bonne gouvernance. Il faut pour cette raison se référer, à la fois, à ce que Magdi Martinez SOLIMAN appelle « *approche systémique et*

¹²⁹⁶ World Bank, *Managing Development – the governance Dimension*, Washington, 1996. Égal. « La Bonne Gouvernance : l'exigence des profondes réformes institutionnelles pour garantir la croissance et le développement des pays soumis à l'ajustement structurel », disponible en ligne : <http://www.urbanisme.equipement.gouv.fr/cdu/accueil/bibliographies/gouve.../note 3.ht, p.1>.

¹²⁹⁷ DAC-OECD, *Orientations du CAD sur le développement participatif et la bonne gestion des affaires publiques*, Paris 1993. V. égal. « La Bonne Gouvernance : l'exigence des profondes réformes institutionnelles pour garantir la croissance et le développement des pays soumis à l'ajustement structurel », op. cit., p. 2.

¹²⁹⁸ AGENCE CANADIENNE DE DEVELOPPEMENT INTERNATIONAL (ACDI), *La gouvernance en Afrique*, disponible en ligne : <http://www.acdi.org>.

¹²⁹⁹ Ph. EGOUME, Représentant Résident du FMI en Côte d'Ivoire, « Bonne gouvernance et croissance économique », Présentation consultable en ligne : www.imf.org/external/country/civ/tr/2007/102207.pdf.

normative pour une meilleure gouvernance »¹³⁰⁰, aux six conditionnalités retenues par la Commission économique pour l'Afrique¹³⁰¹, aux deux définies par KAPANGA MUTOMBO Ferdinand¹³⁰², et, aux trois de la Banque Mondiale.

Ce sont les onze indicateurs suivants :

- la primauté du Droit et l'application impartiale de la règle de Droit (droits de l'homme et état de droit) ;
- la participation directe des citoyens aux affaires publiques par le biais d'institutions légitimes et démocratiques (représentation politique) ;
- l'efficacité du pouvoir exécutif (gestion des structures étatiques, transparence, responsabilité de la fonction publique, efficacité des services publics, décentralisation des structures) ;
- Équité (système de justice sociale et égalité des chances d'hommes et des femmes) ;
- efficacité et effectivité ;
- la responsabilisation ;
- la lutte contre la corruption ;
- la gestion économique saine ;
- l'indépendance des organisations de la société civile ;
- l'orientation vers le consensus et la capacité d'ajustement.

1070. La bonne gouvernance apparaît donc comme un concept au contenu multiple, que l'on associe à la gestion du développement, à la démocratie et le plus souvent les deux à la fois¹³⁰³.

1071. La pratique de la bonne gouvernance que nous invoquons ici ne vise pas particulièrement à donner des leçons politiques. Il s'agit pour plutôt d'attirer l'attention du législateur OHADA et partant, des dirigeants politiques africains principalement de l'OHADA, que l'attractivité, l'efficacité de notre droit des affaires, ne saurait se construire

¹³⁰⁰ M.M. SOLIMAN, «L'État de droit dans le cadre de la Bonne Gouvernance - La loi, le Judiciaire et le Législatif », Médias et gouvernance, Atelier sur la gouvernance à l'intention des journalistes Maghrébins, Nouakchott, 17 au 18 mai 2000, disponible en ligne : www.pnud.mur/gouvernance/seminaire/soliman.html. ; Dans le même sens v. Nicolas MEISEL et Jacques OULD AOUDIA, La Bonne Gouvernance est-elle une bonne stratégie de développement ? p. 13 et s. Document consultable en ligne : <http://ces.univ-paris1.fr/membre/seminaire/heterodoxies/Pdf/OuldAoudia.pdf>.

¹³⁰¹ CEA : « L'Afrique sur la voie de la bonne gouvernance », Synthèse du Rapport sur la gouvernance en Afrique de 2005, p.2, online : http://www.uneca.org/fr/eca_ressources/publications/agr/index.htm.

¹³⁰² M. F. KAPANGA, *op.cit.*, p. 12-13.

¹³⁰³ V. dans ce sens A. C. SIDIA, *op. cit.*, p. 82.

sans une véritable stabilité politique judiciaire et sécuritaire dans nos États, en somme sans une bonne gouvernance¹³⁰⁴.

1072. En dépit, des réformes et de la reconnaissance de la qualité de notre droit des affaires sur la scène internationale, le constat sur le terrain économique n'est pas très reluisant, car les institutions bancaires ou potentiels investisseurs restent méfiants et prévenants.

Il convient donc de mener concomitamment la recherche de l'efficacité de notre des affaires et des sûretés et la recherche de la stabilité socio politique dans nos États.

Les exemples à travers le monde sont là pour nous démontrer tous les États qui jouissent d'une stabilité politique ont un droit du crédit et des sûretés relativement efficaces. Par ailleurs, la corruption rampante qui gangrène tous nos États membres de l'OHADA, notamment en leur système judiciaire, doit être combattue avec plus de volonté politique. En effet, bon nombre d'investisseurs se plaignent de cette corruption de nos institutions judiciaires et qui empêchent d'avoir confiance, même dans les garanties « *efficaces* » qui leur sont offertes. En outre, comme le souligne le rapport du *Doing Business*, « *...il existe une véritable corrélation entre les progrès réalisés dans le cadre des indicateurs Doing Business et ceux faits sur la loi et sur le contrôle de la corruption.*

*Les économies ayant amélioré leurs performances sur les indicateurs Doing Business ont également amélioré leurs performances sur les indices de gouvernance publiés par Transparency International, Freedom House et la Banque mondiale... »*¹³⁰⁵.

1073. Les conséquences économiques de la corruption sont indéniables¹³⁰⁶ et menacent gravement les fondements et l'avenir même de ce droit des affaires moderne et modèle que nous tentons depuis plus d'une décennie de bâtir. Car comme le dépeint

¹³⁰⁴ Selon le rapport *Doing Business* en son édition de 2014, « La plupart des économies qui entreprennent des réformes réglementaires recensées par *Doing Business* procèdent de la sorte dans le cadre d'un calendrier de réformes plus vaste. Les données montrent que les gouvernements ayant investi des ressources dans des réformes *Doing Business* au cours de la dernière décennie ont également instauré de nombreux changements politiques dans d'autres domaines importants. L'un de ces domaines est la gouvernance. Les données montrent que les améliorations intervenues dans les domaines mesurés par *Doing Business* sont positivement associées aux changements intervenus au niveau de la qualité de la réglementation en général, un élément-clé de la qualité de la gouvernance ». Rapport *Doing Business* 2014, p. 18. Document consultable : <http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB14-minibook-french.pdf>.

¹³⁰⁵ Rapport *Doing business* 2014, *op. cit.*, p.18.

¹³⁰⁶ V. dans ce sens Thorsten VOGL, *op. cit.*, p. 207 qui affirme que : « La corruption menace le système OHADA. [...] A part l'instabilité politique dans beaucoup d'États de l'OHADA, les investisseurs craignent la corruption. Car suite à cette peur, ils s'abstiennent souvent d'investir, la corruption freine le développement positif de l'OHADA ».

tristement L. BENKEMOUN¹³⁰⁷ « *lorsque la guerre civile couve ou règne, que la corruption, l'impéritie et l'impunité sévissent, que l'arbitraire administratif et judiciaire se donne libre cours, les meilleures normes du monde n'inciteront pas à investir, même si la zone regorge de richesses humaines et matérielles* ». Mais les avancées engrangées permettent de croire, si la volonté politique y est, en un avenir radieux de notre droit des affaires OHADA.

1074. Sans ces réformes complémentaires et indispensables, la rationalisation de notre droit des sûretés réelles restera un vœu pieux. En effet, nous savons le lien étroit entre la discipline du droit des sûretés et les disciplines voisines voire jumelles, que sont les procédures collectives d'apurement du passif et les voies d'exécution. Une refonte de la première citée ne pourrait se faire sans considération pour les deux dernières au risque de retourner très rapidement à la case départ.

À ces amendements que nous qualifions d'endogènes au droit OHADA, il convient d'ajouter ceux qui sont à la fois extérieurs au droit OHADA, mais aussi très proches en ce sens qu'ils ont un impact décisif dans la politique du crédit.

¹³⁰⁷ L. BENKEMOUN, « Sécurité juridique et investissements internationaux », in *Penant* n°855, avril-juin 2006, p. 197.

CONCLUSION DU CHAPITRE

1075. L'érection de l'hypothèque en tant que sûreté unique en droit des sûretés réelles OHADA est fondée sur les nombreux avantages socio-économique et politique qui militent en sa faveur.

En effet, cette approche fonctionnelle des sûretés réelles matérialisée par une unification des sûretés autour du concept de l'hypothèque paraît assez souple pour englober toutes les garanties de paiement efficaces qui sont exclues aujourd'hui sur la base de la définition élargie des sûretés réelles donnée par l'AUS.

Tenant cependant compte du contexte socio-économique et juridique qui caractérise la zone OHADA, des réformes complémentaires ne seraient pas un luxe afin de parvenir à une efficacité totale de ce nouveau droit des sûretés réelles.

CONCLUSION DU TITRE

1076. L'option d'une approche fonctionnelle des sûretés pour rénover et rationaliser notre droit des sûretés réelles s'impose au regard de l'intérêt, du succès et de nombreux avantages d'un tel choix dans les systèmes étrangers qui y ont adhéré. Face aux insuffisances du système lacunaire applicable actuellement en matière de sûretés réelles, il est nécessaire de s'inspirer des exemples étrangers. Le choix de la qualification d'hypothèque pour définir les nouvelles sûretés réelles est d'autant plus souhaitable qu'il permettra d'harmoniser notre droit des garanties réelles avec ce qui se fait sur la scène internationale. Pour parvenir à cet objectif, il convient que la proposition de généralisation de l'hypothèque que nous préconisons soit dotée d'un régime simple et adapté à la particularité de son assiette pour être efficace. Ce qui suppose une redéfinition fonctionnelle des sûretés réelles d'une part et d'autre part, la refonte en profondeur, des droits de la procédure d'insolvabilité ouverte contre le débiteur et celui des voies d'exécutions et de recouvrement simplifié des créances.

1077. Ces réformes ne seraient toutefois pas suffisantes à garantir une grande efficacité de ce nouveau droit des sûretés réelles si la vulgarisation et l'accès à l'information sur le crédit du débiteur ne sont parfaitement organisés.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Les schémas traditionnels ayant montré leur limite en terme d'efficacité, l'élection de l'hypothèque comme sûreté réelle unique à côté duquel pourrait subsister les propriétés sûretés, nous semble la voie la plus appropriée pour une plus grande efficacité de notre droit des sûretés réelles. Cette quasi-uniformisation de notre système des sûretés réelles doit s'accompagner en amont de la consécration de l'approche fonctionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier.

En dépit des objections qu'il peut avoir, il demeure que de nombreux intérêts théorique et pratique militent en faveur de ce choix qui tend à se démocratiser au niveau international.

CONCLUSION GÉNÉRALE

1078. L'étude menée sur l'efficacité des sûretés en droit OHADA nous aura permis de confirmer certaines observations et de déceler des insuffisances dans le droit actuel. Le dicton selon lequel aucune œuvre humaine ne peut se targuer de sa perfection s'est confirmé ici. En effet, bien qu'issue d'une réforme relativement récente, l'AUS souffre de certaines lacunes qui en principe n'auraient pas dû être retrouvées dans une œuvre si récente. Avant toute critique, il importe de saluer les réformes effectuées par le législateur communautaire afin d'améliorer l'efficacité et l'attractivité de ce droit des sûretés réelles.

1079. Ainsi l'accessibilité et la simplification furent au centre des préoccupations du législateur communautaire. Concrètement, cela s'est matérialisé par des réformes plus ou moins importantes dans la structure et dans le régime des différentes sûretés réelles.

Au titre des amendements généraux, nous pouvons citer l'introduction ou la consécration de garanties réelles jusque-là méconnues ou négligemment organisées telle la réserve de propriété.

Toujours dans ce sens, le législateur a mis fin à la dispersion de la législation relative en matière de sûreté réelle telle qu'on le constatait avant la réforme avec la réglementation de la publicité de certaines garanties mobilières au RCCM au sein de l'AUDCG.

À ce chapitre, la réforme la plus importante est celle de la redéfinition des sûretés dont l'impact sur la définition des sûretés réelles est indiscutable.

1080. Cette réflexion sur l'efficacité des sûretés réelles a été menée en considération des objectifs souhaités et voulus par le législateur communautaire en engageant la réforme du droit des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier. Il s'agissait de favoriser dans les États parties l'accroissement des investissements et le développement économique à travers une évolution des crédits accordés.

1081. Ce nouveau droit des sûretés réelles, matérialisation des intentions du législateur n'a pourtant en rien constitué une révolution juridique.

En effet, il a conservé, malheureusement, les principes hérités du Code civil dans la classification des sûretés réelles avec d'une part les sûretés mobilières et de l'autre les sûretés immobilières. Structurellement, on pourrait affirmer qu'aucune évolution n'a été opérée,

puisque à rebours des orientations mondiales en matière de sûretés réelles, l'AUS est resté marqué par son caractère hétéroclite. Au nombre des sûretés réelles existantes, sont venues s'ajouter de nouvelles garanties aggravant un peu plus l'aspect disparate de ce droit.

Outre les sûretés réelles traditionnelles que sont le gage, le nantissement et l'hypothèque, il faut compter maintenant avec les garanties réelles constituées sur le droit de propriété.

Cette diversité justifiée par certains comme la fidélité à notre tradition juridique est cependant aux antipodes de l'objectif de clarté et de simplicité qui doit caractériser tout système de garantie qui vise l'efficacité. Or, au vu de la proximité de leur technique de constitution et de leur régime respectif, un rapprochement voire une réunion sous un concept ou un modèle fédérateur était valablement envisageable par le législateur dans l'optique d'une plus grande rationalisation de notre droit des sûretés réelles.

1082. Si prises individuellement les sûretés réelles peuvent témoigner d'une certaine efficacité, l'absence d'une plus grande rationalisation du droit des sûretés réelles OHADA à travers une approche fonctionnelle a diverses conséquences sur la limitation de l'efficacité de ce droit.

Première conséquence majeure, la non-admission de garantie réelle telle que le crédit-bail, qui pourtant dans la pratique justifie d'une grande efficacité. La deuxième est l'ignorance ou la prise en compte partielle de l'importance du secteur informel dans l'économie des États parties à l'OHADA. Ce secteur concentre plus ou moins 80% des activités exercées et emploie une personne active sur deux dans nos États membres. Le problème réside cependant dans le fait que cette frange importante de la population active et de ce secteur économique vitale n'arrive pas à se procurer du crédit auprès des institutions bancaires classiques. Témoignant ainsi de l'inefficacité non pas des sûretés réelles en elles-mêmes, mais du droit des sûretés réelles qui semble assez éloigné des réalités socio-économiques locales.

1083. Malheureusement la discrimination opérée par le législateur communautaire en faveur des garanties propriétés et donc au détriment des sûretés traditionnelles n'a fait qu'aggraver la situation de faiblesse généralisée du droit des sûretés réelles. Effet immédiat de cette option, la dévalorisation des sûretés réelles traditionnelles aux yeux des créanciers et le recours à des garanties de paiement empruntées au régime général du droit des obligations pour renforcer la sécurité de la créance. Du côté des débiteurs ou des personnes désireuses d'obtenir du crédit, l'usage des sûretés réelles prévues dans l'AUS ne fait pas partie des options prioritaires. La majeure partie de la population généralement analphabète, illettrée ou

peu instruite, exerçant dans le secteur informel, préfère se tourner vers des voies non formelles afin de financer leurs activités face aux deux obstacles que sont la complexité de constitution de sûretés réelles classiques la réticence des banques traditionnelles à leur faire confiance.

1084. En vue d'une meilleure rationalisation de notre droit des sûretés réelles OHADA, il nous est apparu plus légitime et raisonnable de faire l'élection d'une approche fonctionnelle des sûretés en général et des sûretés réelles en particulier.

Les différents obstacles liés principalement à la tradition juridique romano civiliste ne trouvant plus raison d'être, nous pensons qu'il faut emprunter la voie d'une réforme plus audacieuse de notre droit des sûretés réelles en nous appuyant sur les modèles en la matière qui ont notoirement fait leur preuve.

1085. L'élection de cette approche fonctionnelle aura entre autres nombreux avantages de rendre notre droit des sûretés réelles plus accessible et en harmonie avec l'évolution mondiale vers l'uniformisation des systèmes de sûretés.

En outre, d'un point de vue socio-culturelle, cela pourrait permettre de ramener dans le giron des garanties légales, des techniques traditionnelles de garantie de paiement qui bien qu'efficaces, ont été sacrifiées sur l'autel du choix d'une définition conceptuelle et du *numerus clausus* qui en découle.

1086. Par ailleurs, la simplification des règles de constitution des garanties qui pourrait en découler, aura le double effet de rendre plus attractif notre droit des sûretés réelles aux yeux des fournisseurs de crédit et aussi de la plus grande frange de la population qui du fait d'un niveau d'éducation peu élevé se voit fermer l'accès au crédit par défaut de pouvoir fournir des garanties trop élitistes dans leur constitution.

1087. En somme, nous dirons simplement à l'endroit du législateur OHADA que la belle œuvre du droit OHADA ne devrait pas être sacrifiée au profit exclusif du développement économique qui au final ne profitera qu'aux seuls investisseurs généralement étrangers.

Le droit doit se concevoir et se développer étroitement en tenant compte du contexte socio-économique, culturel, voire politique, dans lequel et auquel il est censé s'appliquer s'il veut parvenir à une véritable efficacité.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, traités, manuels

A. Ouvrages généraux, traités, manuels hors OHADA

AGOSTINI Éric, Droit comparé, coll., Droit fondamental, Puf, 1988.

ALBIGES Christophe et PICOD Yves, *Droit des sûretés*, 4^e éd., coll., « HyperCours Dalloz », Paris, Dalloz, 2013.

ANDRÉ Albert, *Traité pratique du régime hypothécaire*, éd., Marchal et Billard, Paris, 1882.

ANCEL Pascal, *Droit des sûretés*, coll., Objectif droit, LexisNexis, 2014.

AYNÈS Laurent, CROCQ Pierre, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014.

BOURASSIN Manuella, BREMOND Vincent, JOBARD-BACHELLIER Marie-Noelle, *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014.

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine, PÉTEL Philippe, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Paris, Litec, 2010.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, t. 4, 13^e éd., 1988.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., LGDJ, 2014.

FLOUR Jacques, *Cours de droit civil*, Licence 3^e année, 1965-1966, Les cours du droit, p. 382.

GUYON Yves, *Droit des affaires, entreprises en difficultés, redressement judiciaire - Faillite*, Economica, t. 2, 2003.

KOUASSI Charles Alain, *Traité des faillites et liquidations judiciaires en Côte d'Ivoire, Études juridiques et formulaires*, Abidjan, éd., Socogec, 1987

LEGEAIS Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, 9^e éd, LGDJ, 2013.

MALAURIE Philippe et AYNÈS Laurent, *Cours de droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, t. 9, 7^e éd., Paris, Cujas, 1995, p. 15.

MAZEAUD Henri, Jean et Léon, et CHABAS François, par PICOD Yves, *Leçons de droit civil, Sûretés et publicité foncière*, t. 3, 7^e éd. Montchrestien, 1999.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre, et JESTAZ Philippe, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987.

MESTRE Jacques, PUTMAN Emmanuel, BILLIAU Marc, *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, LGDJ., 1996.

MAYER Pierre et HEUZE Vincent, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ, 2014.

MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 2008.

PAYETTE Louis, *Les sûretés réelles dans le code civil du Québec*, 4^e éd., Yvons Blaise, 2010.

PÉROCHON Françoise, et BONHOMME Roger., *Entreprises en difficultés. Instruments de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2008.

PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. 7, 2^e éd., 1954, par Esmein, Radouant et Gabolde.

ROLAND Henri, et BOYER Laurent, *Adages du droit français*, Litec 4^e éd., 1999.

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Droit des entreprises en difficultés*, 9^e éd, LGDJ, 2014.

SIMLER Ph., DELEBECQUE Ph., *Précis de droit civil : Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Précis Dalloz, 6^e éd, 2012.

SOINNE Bernard, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, Paris, 1995.

THÉRY Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1988.

Weill et Terré, *Les obligations*, 3^e éd., 1980.

WEILL Alex, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 1979.

B. Ouvrages généraux, traités, manuels OHADA

ANOUKAHA François, NIANG Cissé Aminata, FOLI Messanvi et *alii*, *OHADA, Sûretés*, Bruylant, 2002.

ANOUKAHA François, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998.

FÉNÉON Alain, *Droit des sociétés en Afrique (OHADA)*, LGDJ, 2015.

MINKOA SHE Adolphe, *Droit de sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties réelles*, t. 2, 1^{re} éd., Dianoïa, 2010.

POUGOUE Paul Gérard et KALIEU Yvette Rachelle, *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, P.U.A., Yaoundé, 1999.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et mémoires

A. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et mémoires hors OHADA

ADIBA Aurore Ben, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal 2012.

ADJAGBA-ICHOLA Irène,

- « Aspects socio-économiques du microcrédit », 3^e colloque de l'Association du notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique, le rôle du notaire au service du développement dans une économie de marché.
- *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, th., Paris 2, 1988, Microfiche de l'exemplaire de l'édition originale se trouvant à la bibliothèque Droit, science politique, économie de Bordeaux(Lille : ANRT, 2013).

BETTINI Romano, « efficacité », in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2^e éd., LGDJ, 1993.

BLAISOT Auguste, *De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage*, th., Paris, 1897, A. Fontemoing.

BLANDIN Yannick, *Sûretés et bien circulant*, contribution à la réception d'une sûreté réelle globale, th., Panthéon- Assas Paris II, 2014.

BORGA Nicolas, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009.

BOUGEROL-PRUD'HOMME Laetitia, *Exclusivité et garanties de paiement*, préf., P. CROCQ, LGDJ, 2012, t. 538, Bib. Dr. Priv.

BOURASSIN Manuela, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. Jobard-BACHELLIER, V. Brémont, Biblio de droit privé, LGDJ, t. 456, 2006.

BOUSTANI Diane, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective*, th., Nice, 2013

BOUTHINON- DUMAS Vanessa, *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, préf., A. GHOZI, Revue Banque, 2008.

BRAZ-MARTIAL Nathalie, *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, préf., D. LEGEAIS, PUAM, 2007.

CABRILLAC Michel, *La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, th., Paris, Sirey, 1954.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd. 2007.

CASEY Jérôme, *Sûretés et famille*, Defrénois, 2000, coll. Doctorat et Notariat, préf. J. Hauser.

CHAMPEAUX Jean, *Étude sur la notion de l'acte à titre gratuit en droit civil*, Thèse Strasbourg, 1931.

CHVIKA Eran, *Droit privé et procédures collectives*, préf., Th. BONNEAU, Defrénois, 2003.

CORNELOUP Sabine, *La publicité des situations juridiques, une approche franco- allemande du droit interne et du droit international privé*, préf. Paul LAGARDE, L.G.D.J., 2003.

CROCQ Pierre, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, *Bibl. dr. priv., t. 248, préf. M. GOBERT*.

DERRIDA Fernand, GODE Pierre et SORTAIS Jean Pierre, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, Dalloz, 3^e éd., 1991.

DOLS-MAGNEVILLE Mathilde, *La réalisation des sûretés réelles*, th., Toulouse 1 Capitole, 2013.

DOWMUNT-IWASZKIEWICZ Angèle, ROGGEMAN Juliette et WASSERMAN Karen, *Un nouveau droit des sûretés pour les pays d'Europe de l'est. La loi-modèle sur les sûretés de la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement*, Th., collective, Paris I, 1995.

DUPEROUX Jean Jacques, *Contribution à la théorie de l'acte à titre gratuit*, LGDJ, 1955.

DUPICHOT Philippe, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd., Panthéon-Assas, 2005, préf. Martin (D.).

EIGENMANN Antoine, *L'effectivité des sûretés mobilières, Étude critique en droit Suisse au regard du droit américain et propositions législatives*, Éditions universitaires FRIBOURG Suisse, 2001.

GACHASSIN-LAFITE L, *Étude sur le pignus en droit romain, sur le gage commercial et les warrants en droit français*, th., Bordeaux, 1872.

GUÉRY Gabriel, *Pratique du droit des affaires*, 6^e éd., Paris, Dunod, p. 1021.

HANIA Vanessa PINTO, *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, th., Paris Est, 2011.

HEUSCHLING LUC, « Effectivité, efficacité, efficience et qualité, l'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité ? », Bruylant, 2012.

HOUIN-BRESSAND Caroline, *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006, *Nouv. Bibl. de Thèses*, vol. 54, préf. H. Synvet.

JAMIN Christophe, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991.

QUINCARLET Simon, *La notion de gage en droit privé français. Ses diverses applications*, th., Bordeaux, Imprimerie Ségalas-Bérout, 1937.

LAUTIER Bruno, *L'économie informelle dans le tiers monde*, Paris, La découverte, 1994.

Le Corre Pierre Michel, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2013/2014, n° 666.42.

LEGEAIS Dominique, *Les garanties conventionnelles sur créance*, préf. Ph. RÉMY, éd. Economica, 1987.

LISANTI-KALCZYNSKI Cécile, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préf., F. PÉROCHON, Litec, 2001.

LOUIS Jean-Marc., *Le principe d'égalité en droit des affaires*, Th., Paris I, 1998.

LEDUC Antoine, *De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie : vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?*, th., Montréal, 2011.

MOREL Marius, *De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage. Caractère véritable du gage sans dépossession*, thèse de doctorat, Paris, A. Rousseau, 1902.

MEAU-LAUTOUR Huguette., *Les donations déguisées en droit civil français*, Paris, LGDJ, 1985.

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD Anne Marijke, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 1990.

MOULY Christian et JACOB François, « Hypothèques », dans *Juris-Classeur Civil Code civil Art. 2114 à 2117 à Art. 2282 et 2283*, fasc. 5, Paris, Éditions du Juris-Classeur, 2002, feuilles mobiles, n° 4, 30, 32, et 33.

OURY-BRULÉ Manuela, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, Article 1216 du Code civil*, LGDJ, 2002, *Bibl. dr. privé*, T. 372, préf. Cl. Ferry.

PASTAUD Philippe, *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, th., Limoges 1979.

PERRIN Jean François, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Librairie Droz, Genève-paris, 1979.

PRATTE Denise, *Priorités et hypothèques*, *Revue de droit université de Sherbrooke*, 3^e éd., 2012.

REYMOND DE GENTILE Marie Jeanne, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, *Sirey*, 1973, *Bibl. dr. com.*, T. 25, préf. G. Lagarde.

RIFFARD Jean François, *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières- Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ. 1997.

SCHUSTER François, *Les monts-de- piété au XIXe siècle : 1804- 1914*, Mémoire Master 2, Bordeaux IV, 2007.

VASSEUR Michel, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, Rousseau, 1949, préf. J. Hamel.

WITZ Claude, *La fiducie en droit privé français*, th., Strasbourg, Economica 1981, préface D. Schmidt.

ZEPI Sandrine, *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, th., Nice, 2004.

B. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies et mémoires OHADA

ABARCHI Djibril, *Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique*, th., Université d'Orléans, 1990.

ADIDO Roch, *Essai sur l'application du droit en Afrique : le cas de l'OHADA : aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, th., Perpignan, 2004.

ADOUKO Anoh Bernard., *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, th., Bordeaux, 2013

AGGREY Albert, *Guide de la faillite*, Juris-Editions, éditions juridiques de Côte d'Ivoire, 1989.

ALGADI Aziber Seïd, *Contrats et droit OHADA des procédures collectives*, Étude à la lumière du droit français, préf., M.- H. MONSÈRIÉ-BON, L'harmattan, 2009.

ASSI-ESSO Anne Marie et DIOUF N'Diaw : *OHADA, recouvrement des créances*, Bruylant, 2002.

BALLAL Olga, *Les usages et le droit OHADA*, préf., Pierre MOUSSERON, PUAM, 2014, vol. VII.

CROCQ Pierre (dir.), BRIZOUA-BI Michel, YONDO Lionel Black et alii, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, coll. Lamy axe droit, éd. LAMY, 2012.

(De) SABA Apollinaire A., *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales ; droit de l'OHADA et pratique Européenne*, 2^e éd. Global Finance Securities, coll. Pratiques judiciaires et législatives, 2011.

EVELAMENOU Serge Kokou, *Le concordat préventif en droit Ohada*, th., Paris-Est, 2012.

GARRIER Claude, *Côte d'ivoire et zone OHADA : gestion immobilière et droit foncier urbain*, L'harmattan, 2007.

GNINTEDEM Marie Duvale KODJO, *L'efficacité des sûretés maritimes*, th., Yaoundé II SOA, 2011.

KANDOLO ON'UFUKU wa KANDOLO Pierre Félix, *De L'exercice des droits et libertés individuels et collectifs comme garantie d'une bonne gouvernance en Afrique noire : cas de la république démocratique du Congo*, Mémoire, Diplôme universitaire, 3^e cycle, Droits fondamentaux Lubumbashi, 2005, en ligne, http://www.memoireonline.com/02/07/362/m_exercice-droits-libertes-individuelles-collectif-gouvernance-afrique-noire-rdc31.html, consulté le 23 février 2015.

KOUNDE Dédji, *Les actes uniformes OHADA et la croissance économique des États d'Afrique de la zone Franc*, Th., Perpignan, 2005.

KOUMBA Éloge Mesmin, *Droit de l'OHADA, prévenir les difficultés des entreprises*, L'Harmattan, 2013.

KWEMO Stéphanie, *L'OHADA et le secteur informel, l'exemple du Cameroun*, préf. Ph. DELEBECQUE, postf. M.-T. MENGUE, LARCIER, 2012.

MADJIWEI Ngarlem Ngarguinam, *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, th., Paris I Panthéon-Sorbonne, 2010.

MVONDO Prosper, *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, th., Strasbourg III, 1995, p. V.

OUMAROU Mahaman Rabiou, *La protection des droits du débiteur saisi dans la réalisation de l'immeuble apporté en garantie d'une créance*, Mémoire DESS, Ouagadougou, 2006. En ligne, <http://www.memoireonline.com>. Consulté en ligne le 19 janvier 2015.

SALL Mamadou, *Les garanties du crédit bancaire au Sénégal*, th., Bordeaux I, 1993.

SANNI A. A., *La problématique de la réalisation des hypothèques bancaires au Bénin*, Mémoire DESS, université ABOMEY-CALAVI, 2002.

SIDIA Abdallah Cheikh, *Gouvernance et croissance économique en Afrique subsaharienne*, th., Nice 2009.

SOUPGUI Eloie, *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA*, th., Yaoundé II SOA, 2008.

TAMEGHE Sylvain Sorel Kuate, *La protection du débiteur dans les systèmes des voies d'exécution OHADA*, Th., Bordeaux IV, 2003.

THIAM Samba, *Introduction historique au droit en Afrique*, L'harmattan, 2011.

TIGER Philippe, L'Afrique subsaharienne : De la crise à une croissance durable, Que sais-je ? Le droit des affaires en Afrique OHADA, PUF, 2000.

III. Articles de revues et études d'ouvrages collectifs

A. Articles de revue et études d'ouvrages collectifs OHADA

Africapractice, 2005 ; FMI, 2004 ; Aryeetey, 1998.

ABARCHI Djibril, « L'introduction du "TOLME" ou "DJINGUINA" dans le nouveau code de commerce nigérien : une tentative de valorisation d'une sûreté traditionnelle aux suites incertaines », in Revue nigérienne de droit, p. 55, en ligne, [http:// www.ohada.com/doctrine](http://www.ohada.com/doctrine) ; Consulté le 24 février 2015.

AYANGMA AMANG Protais, « Les attentes des investisseurs face aux risques juridiques et judiciaires dans l'espace de l'OHADA : témoignage et expérience de terrain », Colloque droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, coll. Bibliothèque de l'IRJS, t. 48, 2013, p. 20.

BADJI LANDING, « La réforme du droit foncier Sénégalais », en ligne, <http://www.rewmi.com>, consulté le 27 janvier 2015.

BA Amadou LO, Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai "DOLLY" juridique », en ligne <http://www.ohada.com/actualite/1251/contribution-doctrinale-du-juge-amadou-lo-ba-sur-le-nouvel-acte-uniforme-ohada-portant-organisation-des-suretes.html>, consulté le 09 mars 2015.

BA Amady, directeur du centre de formation judiciaire, Dakar, Sénégal, in L'AUPSRVE : communication présentée lors de la session de formation des magistrats Module 3 du 18 au 30 mai 2001.

BENKEMOUN Laurent, « Quelques réflexions sur l'OHADA 10 ans après le traité de Port Louis », in Penant n°843, p.133 à 139.

BONZI Birika Jean Claude, « La saisie immobilière », Formation de juristes camerounais en droit OHADA du 11 au 22 avril 2011. En ligne, <http://biblio.ohada.org/greenstone/collect/dohada/index/assoc/HASH33cf.dir/formation-personnels-judiciaires-cameroun-saisie-immobiliere-bonzi-jean-claude.pdf>, consulté le 05 août 2014.

BOUBOU Pierre, « La réalisation de l'hypothèque dans le projet de réforme de l'acte uniforme sur les sûretés : priorité à la viabilité des garanties », exposé présenté le 28 Octobre 2010 à l'Université de DSCHANG à l'occasion des Journées Annuelles OHADA 2010, organisées par le GERDIIC sur le thème global « Droits Réels Immobiliers, Accès au Crédit

et Promotion des Investissements dans les Pays de l'OHADA », en ligne, www.ohada.com, OHADATA D-10-54, p. 8.

BRIZOUA-BI Michel, « L'attractivité du nouveau droit ohada des hypothèques », Dr. et patr., n°197, novembre 2010.

BROU Kouakou Mathurin,

- « Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire SATA Mali c/ INCART FIAT », Ohadata D-07-10.
- « Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés et l'accès au crédit dans l'espace ohada », p. 27, Ohadata D-13-23, disponible ici : <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-13-23.html>. Consulté le 12 février 2015.

Communication du président de la CCJA sur « L'impact de l'instauration de la CCJA de l'OHADA dans les systèmes judiciaires nationaux ». en ligne, http://www.institutidef.org/IMG/pdf/COMMUNICATION_DU_PRESIDENT_CCJA_RENC_ONTRE_INTER_.pdf. Consulté le 21 avril 2015.

CROCQ Pierre,

- « Une controverse au sujet du rang du privilège accordé aux créances des organismes de sécurité sociale », in RDU, n° 5, 2^e trimestre 2011, p. 17.
- « Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet d'acte uniforme portant organisation des sûretés », in Droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p. 83.

DELABRIÈRE Antoine, « Le registre du commerce et du crédit mobilier, instrument d'information et de sécurité des créanciers dans l'espace OHADA », in Penant n° 840, juill-sept. 2002, p. 369 et s.

(De) SABA Apollinaire A., « Un nouveau droit des affaires pour attirer les investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant? », *Finance & Bien Commun*, 2007/3 n° 28-29, p. 96-104.

DIALLO Mamadou, « Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel acte uniforme sur le droit des sûretés », in Revue de l'ERSUMA, n°2, mars 2013, p. 349 et s.

DIARRAH Boubacar S., « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », in *Revue de Droit Uniforme Africain*, n° 5, 2011, p. 9.

DOGUE Karel Osiris Coffi, « Regard critique et pratique sur l'agent des sûretés de l'OHADA » in Revue ERSUMA, n°4, septembre 2014, p. 159 et s.

EGOUME Philippe, Représentant Résident du FMI en Côte d'Ivoire, « Bonne gouvernance et croissance économique », en ligne : www.imf.org/external/country/civ/rr/2007/102207.pdf, consulté le 15 janvier 2015.

EMIEN Miessan Ursène, « L'inscription des sûretés mobilières dans les actes uniformes de l'OHADA relatifs au droit commercial général et aux sûretés », in PENANT, n°860, Doctrine, p. 356 et s.

ETONDE Charles, « L'OHADA ou la sécurité du droit des affaires en Afrique », p. 66, www.justice.com.

FÉNÉON Alain, « Le pacte comissoire : Une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les Sûretés » in PENANT, n° 877, Octobre -Décembre 2011, p. 429.

HAMADOU Souley, *La protection des droits du débiteur saisi dans la réalisation de l'immeuble apporté en garantie d'une créance*, Rapport de stage de DESS Droit des Affaires, UFR/SJP de Ouagadougou, 2003-2004.

IPANDA, «Le régime des nullités des actes de procédure depuis l'entrée en vigueur de l'Acte uniforme portant recouvrement simplifié et voies d'exécution », in Revue camerounaise du droit des affaires, Janv-mars 2001.

ISSA-SAYEGH Joseph, La liberté contractuelle dans le droit des sûretés Ohada, Disponible sur : www.ohada.com, Ohadata D-05-06.

KALIEU ELONGO Yvette Rachel,

- « Propriété cédée ou retenue à titre de garantie », in Encyclopédie du droit OHADA, Lamy, 2011, p. 1443.
- « Hypothèque ».

KANTÉ Soulèye, *Le secteur informel en Afrique subsaharienne francophone : vers la promotion d'un travail décent*, BIT, Genève, 2002.

KANTÉ Alassane, « Réflexions sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif O.H.A.D.A., in EDJA, n° 56; OHADATA-06-47.

KAZANCINGIL Ali, « Gouvernance et science : mode de gestion de la société et production du savoir empruntés au marché », Revue Internationale des sciences sociales, Unesco, Paris, n°155, mars 1998.

KODJO GNINTEDEM Marie Duvale, « Heurs et malheurs de l'article 4 de l'acte uniforme OHADA portant organisation des suretés », in Revue de l'ERSUMA, n° 2, mars 2013.

KOLONGELE EBERANDE Desire-Cashmir, « Immunité d'exécution, obstacle à l'exécution forcée en droit OHADA contre les entreprises et personnes publiques ? », in *RJP*, n° 2, 2014, p. 147 et s

KONATE Mamadou, « *Un grave détournement de la loi sur le règlement préventif par le juge: "le cas d'une suspension des poursuites individuelles ordonnée en violation de la loi et hors esprit du texte de l'AUPCAP de l'OHADA applicable"* », *Jurifis, édition spéciale*, n° 12, octobre 2012, p. 29, Ohadata D-13-14.

KONATE Mamadou, « La consécration des sûretés spécifiques OHADA : Réserve de propriété, droit de rétention, cession de créances », *Ohadata D-* 11- 91.

KOUASSIGNAN Guy Adjété, « Les hypothèques », *in*, Encyclopédie juridique de l'Afrique, NEA, 1982, t. 5.

LIKILLIMBA Guy-Auguste, « L'agent des sûretés OHADA », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, Pratique Professionnelle, p.165.

MASSAMBA Roger, « L'OHADA et le climat d'investissement en Afrique », *in* Penant n°855, avril-juin 2006, p.137.

MEYER Pierre, « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA » *in* Penant n°855, avril-juin 2006.

MIENDJIEM Isidore Léopold, « La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA », *in R.R.J.*, 2009-3, p. 1571 et s.

MODI KOKO BEBEY (H. D.), La réforme du droit des affaires de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie, www.juriscope.org, p. 16.

N'DIAYE Abdourahmane, « La réforme des régimes fonciers au Sénégal : condition de l'éradication de la pauvreté rurale et de la souveraineté alimentaire », en ligne, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/>, consulté le 26 janvier 2015.

Ndongo FALL ex-président de la CCJA, (cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA) dans le journal Genevois « Les Afriques » n°15 du 6 au 13 février 2008, p.17, en ligne, <http://www.lesafriques.com/droit-fisc-douanes/nos-decisions-ont-force-executoire-dans-tout-l-espace-o-3.html?Itemid=308>. Consulté le 15 janvier 2015.

NGWE Marie-Andrée et JOKUNG Serge, « La réforme du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dans la zone OHADA », *in* Droit et patrimoine, n° 281, mars 2011, p. 56.

ONANA ETOUNDI Félix, « L'immunité d'exécution des personnes morales de droit public et ses applications jurisprudentielles en droit OHADA », *RDU*, n° 000, août 2010 ; *Ohadata D-* 13- 55.

POCANAM Mebeya, « Réflexions sur quelques aspects du droit de la faillite au Togo », *Penant*, n° 812, mai à septembre 1993, p. 189 à 130 ; *Le concordat préventif, remède aux difficultés des entreprises au Togo?*, 1994, dactylographiée, 41 pages.

POHE- TOKPA Denis, « La caution profane en droit ohada la balkanisation du droit du cautionnement », *in* Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de J.P. LABORDE, D., 2015, coll., Études, Mélanges, Travaux, p. 159.

POUGOUE Paul Gérard, Commentaire de l'ordonnance n° 90/003 du 27 avril 1990 modifiant et complétant les dispositions de l'ordonnance n° 85/02 du 31 août 1985 relative à l'exercice des établissements de crédit, *Juridis info*, n° 3 spécial, 1990, p. 77 et s.

LEFILLEUR Jean, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? », in *Rev. Afrique contemporaine*, 2008/3, n° 227.

LABITEY Dalé Hélène, « Quels droit des sûretés réelles pour l'OHADA ? », in, revue congolaise de droit des affaires, n° 6.

Lionel Yondo Black, « Enjeux économiques de la reforme de l'acte uniforme ohada portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », in *Droit et patr.*, n° 197 novembre 2010.

LOHOUÈS-OBLE Jacqueline, « L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique », *R.I.D.C.*, 1999-3, p. 543.

MAÏDAGI Mainassara, « Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit de l'ohada », in *Penant* n°855, avril-juin 2006, p. 186 et s.

Ndongo FALL ex-président de la CCJA, (cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA) dans le journal Genevois « Les Afriques » n°15 du 6 au 13 février 2008, p.17, en ligne, <http://www.lesafriques.com/droit-fisc-douanes/nos-decisions-ont-force-executoire-dans-tout-l-espace-o-3.html?Itemid=308>. Consulté le 15 janvier 2015.

SAKHO Mactar, « Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : les pièges à éviter, les diligences à respecter », in *Revue de l'ERSUMA*, n° 1, juin 2012, p. 481.

SAMB Moussa, « Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace UEMOA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 1 - Juin 2012, Dossier : Le Recouvrement des Créances.

SAWADOGO Filiga Michel,

- formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina Faso sur le droit des entreprises en difficulté du 08 au 19 février 2010, p. 13 et s.
- « La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA », in *Penant*, n° 860, p. 307 et s

SHAMSIDINE Adjita Akrawati, « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA », in *Penant* n° 841, octobre-décembre 2002, p. 473.

TWENGEMBO, « Injonction de payer, de délivrer ou de restituer », in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1010.

TOE Souleymane, « Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA », *RDU*, n° 1, juin 2010, p. 37 et s.

VOGL Thorsten, « La lutte contre la corruption : condition essentielle pour la réussite de l'OHADA », in *Penant* n° 867, avril-juin 2009, p. 206.

WALTHER Richard, la formation professionnelle en secteur informel : ou comment dynamiser l'économie des pays en voie de développement ?, Les conclusions d'une enquête de terrain dans sept pays africains, AFD, Paris, 2007.

ZERBO Zakeye, « Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés : Étude comparative », in Penant, n° 836, mai- aout, 2001, p. 250 et s.

ZERBO Issaka, « La réforme foncière au Burkina », Revue Juridique et Politique des États Francophones, n° 3, juillet-septembre 2014.

B. Articles de revue et études d'ouvrages collectifs hors OHADA

AFFAKI Georges, « De la relation perfectible entre le crédit et les sûretés », in Repenser le droit des sûretés mobilières, ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, n°11, p. 14.

ANCEL Pascal, « Nouvelles sûretés pour créanciers échaudés », Rapport, in 16^e entretiens de Nanterre des 17 et 18 mars 1989, JCP éd. E, 1989, Cah. dr. entr., suppl., n° 5, p. 3 et s.

ANCEL Elodie, dans sa présentation du colloque « repenser le droit des sûretés mobilières » ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 3.

ATIAS Christian, « La valeur engagée sur l'objet du gage », dans Le gage commercial, Colloque de Deauville, les 11 et 12 juin 1992, Association Droit et commerce, R.J. com. 1994.72.

AYNÈS Laurent,

- « La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, Présentation générale de la réforme », D. 2006.
- rapport de synthèse, du colloque « Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes », sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, coll. Droit et procédures, 2006, n° 204, p. 129 et s.

BARALE Jean, « Les droits nationaux des procédures collectives dans l'union européenne », Rev. proc . coll. 2003, n° 1, p . 75.

BARRE Raymond et SCHAEFFER Eugène (dir.), Droit des entreprises en difficulté, Actes du congrès de l'Institut international des droits d'expression et d'inspiration françaises tenu au Gabon, Bruylant, Bruxelles, 1991.

BERGEL Jean-Louis, « La relativité du droit ? », Revue de recherche juridique, n° 3/1986.

BORGA Nicolas, « Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », RD. bancaire et fin. 2009.3. Étude. n° 20.

BOURASSIN Manuela, « Vers un droit commun des sûretés », in Panorama de législation et de jurisprudence en droit civil des affaires, D. 2006, p. 1386.

BRUYNEEL André, L'évolution du droit des sûretés, constatations et questions, in les sûretés (sûretés traditionnelles, réelles et personnelles, en droit français et en droit belges ; sûretés issues de la pratique ; droit international privé). Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, éd. FEDUCI, 1984.

CABRILLAC Michel,

- « Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres », in Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offerte à P. CATALA, Litec, 2001.
- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz 1991, p. 31.

CANTIN-CUMYN Madeleine, « L'avant projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-Atlantique », D. 1992 Chron. 117 et s.

CARRASCO Angel, « Les perspectives d'harmonisation du droit Européen des sûretés », in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes, sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, coll. Droit et procédures, 2006, n°112.

CARRILLO Susana FRUCHART Vincent, « La bonne gouvernance comme catalyseur de la Croissance », Atelier sources de croissance, Bujumbura 29 Mai, 2007. Disponible en ligne: <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resourcess/gouvernanceetcroissanceBurundi.pdf>, consulté le 17 mars 2015.

CASSEN Bernard, « Le piège de la gouvernance », in Le Monde diplomatique, juin 2001, p.28, en ligne: www.monde-diplomatique.fr.

CERLES Alain, « L'hypothèque rechargeable », RLDA, 2007, n°14.

CHALVIGNAC François, « L'hypothèque, une sûreté promue ou à promouvoir ? in RLDA, n°14, mars 2007.

CHAMMARI Khémaïs, « Gouvernance, Décentralisation, Droits de l'homme et société civile », Atelier sur la gouvernance à l'intention des journalistes Maghrébins, Nouakchott, 17 au 18 mai 2000, en ligne, <http://www.pnud.mr/gouvernance/seminaire/chammari.html>.

CHAPUT Yves, « Les sûretés négatives », Annales Faculté Droit Clermont, 1974, fasc. 11.

CHARTIER Yves, Rapport de synthèse, in L'évolution du droit des sûretés : RJ com. Févr. 1982, n° spéc., p. 150.

CIOTOLA Pierre, « Commentaires sur la réforme des sûretés réelles », (1990) 24 R.J.T. 569, 570.

COUDERT Jean Luc, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle un mythe ou une réalité ? », LPA, 26 août 1992, p. 12.

CROCQ Pierre,

- Clause de réserve de propriété, J.-Cl. Contrat et Distribution, Fascicule 2860, 2, 1998.
- « L'efficacité incertaine de la cession Dailly », Dr. et patr., n° 106, juillet-août 2002, p. 85.
- « Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties », in Ruptures, mouvements et continuité du droit. Autour de Michelle Gobert, Paris, Economica 2004.
- « La réforme des sûretés mobilières », in Le droit sûretés à l'épreuve des réformes, dir. Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006 p. 17.
- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », Rec. Dalloz, 2006, n° 19, p. 1307 ;

DAHAN Frédéric, « Un point de vue de Londres : projet Anglais et réforme en Europe centrale », in Repenser le droit des sûretés mobilières, ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 98.

DAIGRE Jean Jacques, « Les procédures collectives, technique d'extinction du passif », in L'apurement des dettes, sous la dir. de Y. CHAPUT, Creda-Litec, 1998, p. 287, n° 289.

DAMMANN Reinhard, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298.

De GUILLENCHMIDT Jacqueline, « Présentation de l'avant projet de loi relatif à la fiducie », in *Rev. dr. Bancaire et bourse*, n° spécial « Fiducie », juin 1990 n° 19; La France sans la fiducie? in, *RJ Com.* 1990, p. 49.

DELAGE C., « La ou les juridictions compétentes en matière de revendication du vendeur excipant une clause de réserve de propriété », in *Rev. huiss.*, 15 nov. 1991, p. 1037.

DELMOTTE Philippe, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », in Rapport de la Cour de cassation 2003, La Documentation française, 2004, p. 125.

Delpérée F. et Siaens J., « L'égalité à la rencontre du droit constitutionnel et du droit commercial », in Faillite et concordat judiciaire : un droit aux contours incertains et aux interférences multiples, coll. du Centre d'études Jean Renault, Université catholique de Louvain, vol. 9, Bruylant, 2002, p. 299 et s.

DERRIDA Fernand et SORTAIS Jean Pierre, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », *LPA* 22 mars 2006, p. 7.

DERRIDA Fernand, « Le crédit et le droit des procédures collectives », *Études R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 67 et s.

- DERRUPPÉ Jean, « De la fiducie au crédit-bail », in *Mélanges Ellul*, PUF 1983, p. 449 et s.
- DESCHAMPS Michel, « Le droit des sûretés au Québec », in *Repenser le droit des sûretés mobilières*, p. 73 et s. ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, L.G.D.J., 2005, p. 73 et s.
- DEBÈNE Marc et CAVERIVIÈRE Monique, « La cour suprême et la terre », in *Les cours suprêmes en Afrique*, colloque de Paris, 8, 9 et 10 juin 1987, Economica, Paris.
- DELEBECQUE Philippe, « Le régime des hypothèques », Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *JCP éd. G.* 2006, suppl. n° 20.
- DIDIER P. « Le crédit interentreprises », *Entretiens de Nanterre*, 1983, Cahiers de droit de l'entreprise, n°4, J.C.P.C.I., n°45, p. 6.
- DUPICHOT Philippe, « L'antichrèse », *JCP supplément au n° 20*, mai 2006, p. 27.
- DUREUIL Bernard, « De quelques pièges tendus aux créanciers à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.*, n° 1992/1, p. 17 et s.
- FRISON-ROCHE Marie Anne, « L'intérêt pour le système juridique de l'analyse économique du droit », *LPA* 19 mai 2005, p. 15.
- GALLOIS-COCHET Dorothee, *Garantie autonome et lettres d'intention*, *RLDA* 2007/7, p. 68-69.
- GAVALDA Christian, « La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles », *D.*, 1981 chr., 199. n°51.
- GAINCHE Marie Laure Basilien, *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de légitimité? in gouvernance et efficacité des normes juridiques*, Bruylant, 2012.
- GHESTIN Jacques, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D. S.*, 1981, Chron. 1, n°50.
- GHOZI Alain, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », *RTD com.*, 1976, p. 1 et s.
- GIJSBERS Charles, « Hypothèque rechargeable : rétablissement pour les professionnels par la loi du 20 décembre 2014 », *D.* 2015.
- GILISSEN John, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale », in *Les sûretés personnelles*, 1^{re} Partie, Recueils de la société J. Bodin, XXVIII, Éditions de la librairie encyclopédique, Bruxelles, 1974, p. 6 et s.
- GOUT Olivier, « Quel droit commun des sûretés réelles ? », *RTD Civ.* n°125, 2013, p. 255 et s.

GOODE Roy, « La Convention du Cap relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles : une force motrice pour le financement international basé sur un bien », (2002) *Rev. dr. unif.* 3 [« Convention du Cap »].

GOODE Roy, *Commentaire officiel sur la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles et le Protocole y relatif portant sur les questions spécifiques aux matériels d'équipement aéronautiques*, Rome, Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), 2002.

GOODE Roy, « Transcending the Boundaries of Earth and Space : the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on International Interests in Mobile Equipment / Par delà les frontières de la terre et de l'espace: l'avant-projet de Convention d'UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles », (1998) 3 *Rev. dr. unif.* 52 (n.s.), p. 59 et 61.

GRIMALDI Michel,

- « Problèmes actuelles des sûretés réelles », Rapport français présenté aux journées Portugaises de l'association Henri Capitant 20-23 mai 1996 ; les garanties du financement, in *LPA*, juin 1996.
- « Vers une réforme des sûretés », in *Revue de jurisprudence commerciale* 2005, 467, 472.

HEBERT Sophie., « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2052.

HOCQUART Jean Michel, « Le pacte comissoire, une fausse bonne idée ? », in *Réformer l'hypothèque, Droit & Patrimoine*, novembre 2005, p. 80.

HOUIN Roger,

- « Exposé introductif », in *L'évolution du droit des sûretés*, Colloque de Deauville, *Rj. Com.*, n° spéc. fév. 1982, p. 7.
- « L'introduction de la clause de réserve de propriété dans le droit français de la faillite », in *J.C.P.*, 1980.I.2978.
- obs. in *RTD com.*, 1953. p. 211.

JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, 1992, n° 16, p. 131.

JUILLET Christophe, « Les sûretés réelles traditionnelles entre passé et avenir », in *Liber Amicorum*, Ch. LARROUMET, Economica, 2010, p. 241.

JULIENNE Maxime, « La réforme des sûretés réelles mobilières en Belgique », in *RDC*, 01 décembre 2014, n° 4, p. 656.

KORNMANN André, « Propriété et procédures collectives : vers un succédané des sûretés ? », *in* RJ com. 1991, 64, spéc., p. 67.

KOZOLCHYK Boris et WILSON John M, « The Organization of American States Model Inter-American Law on Secured Transactions », (2003) 36 Uniform Commercial Code Law Journal 15, p. 39-42.

LEAVY James, « En droit Français l'agent des sûretés n'est pas un fiduciaire », *in* revue Banque et droit, n° 136, 2011.

LEFILLEUR Jean, « Comment améliorer l'accès au financement pour les PME d'Afrique subsaharienne ? », *Rev. Afrique contemporaine*, 2008/3, n°227.

LEGEAIS Dominique,

- « Le gage de meubles corporels », *in* Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G, suppl. au n° 20, 17 mai 2006, p. 12. ; « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *in* Études offertes au Doyen Philippe Simler, Dalloz-Litec, 2006, p. 367 et s.
- v° « Sûretés », Rep. Dr. civ., Dalloz, 1997.
- « L'apport des marchés financiers au droit des garanties réelles », Mélanges M. CABRILLAC, Dalloz, Litec, 1999, p. 365 et s.
- « Présentation de la réforme du droit des sûretés. Une symphonie inachevée », *R.D. bancaire et fin.* 2005.
- « Le gage de meubles incorporels », *Contrats, conc., consom.* 2006.
- « La réforme du droit des sûretés ou l'art de mal légiférer », *Mélanges P. Simler*, Dalloz-Litec 2006.
- « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *in Petites affiches*, 11 février 2011 n° 30, P. 27.

LEGUEVAQUES Christophe, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives, flux et reflux », *Gaz. Pal.* 2002, 1, Doctr., 162 et 2, Doctr., 1220.

LE ROY Etienne, « Caractères des droits fonciers coutumiers », *in Encyclopédie juridique de l'AFRIQUE*, t. 5, N.E.A., 1982.

Les garanties du financement, 82^e congrès des notaires de France, Nice 4-7 mai 1986.

LIENHARD Alain, « La réforme des procédures collectives enfin menée à bonne fin », *Revue des Procédures Collectives* n° 1994-3, p. 312.

LUBELL Harold, *Le secteur informel dans les années 80 et 90. Études du centre de développement*, Paris, OCDE, 1991

LISANTI Cécile,

- « Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D., 2006, p. 2671 et s.
- « Le nantissement des meubles incorporels : une sûreté d'un genre pluriel », in *Évolution des sûretés réelles : regards croisés Université-Notariat*, Colloque organisé par le laboratoire de droit privé de la faculté de droit de Montpellier et l'Association rencontres notariat-université, 1^{er} janvier 2006, Paris, Litec, 2007.

LUCAS François Xavier, « Risques et responsabilités induits par les procédures collectives », *RD bancaire et financier*, n° 1, janv. 2013, dossier 13.

MACDONALD Roderick A., « Faut-il s'assurer qu'on appelle un chat un chat ?, observations sur la méthodologie législative à travers l'énumération limitative des sûretés, la présomption d'hypothèque et le principe de l'essence de l'opération », *Mélanges Germain Brière*, 1993, éd. Wilson & Lafleur, p. 550.

MACDONALD Roderick A. et MÉNARD Jean-Frédéric, « Credo, credere, credidi, creditum : essai de phénoménologie des sûretés réelles », in Sylvio NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette. Études portant sur le droit patrimonial*, Québec, P.U.L., 2006.

MACDONALD Roderick. A. et DESCHAMPS Isabelle, *Planimétrie et topographie en droit des sûretés*, essai présenté au colloque, « Les mutations de la norme et le renouvellement des sources du droit: le nivellement du droit » tenu les 18 et 19 novembre 2010 à l'université de Paris V- René Descartes, p. 3, en ligne : http://www.academia.edu/3830597/Planim%C3%A9trie_et_topographie_en_droit_des_s%C3%BBret%C3%A9s, consulté le 25 mars 2015.

MEISEL Nicolas et Jacques OULD AOUDIA, *La Bonne Gouvernance est-elle une bonne stratégie de développement ?* en ligne : <http://ces.univparis1.fr/membre/seminaire/heterodoxies/Pdf/OuldAoudia.pdf>, consulté le 17 février 2015.

MINCKE Christophe., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.*, 1998.

MONEGER Joël, « Le droit français relatif à l'activité entrepreneuriale occulte », *Les pratiques juridiques, économiques et sociales informelles*, Actes du colloque international de Nouakchott du 8-11 décembre 1988, PUF, Paris, 1991.

MONSÉRIÉ-BON Marie Hélène, « Les effets inattendus de l'absence d'extinction des créances non déclarées menacent-ils la procédure de sauvegarde ? » *Rec. Dalloz*, 2006, n° 19, p. 1282 et s.

MOULY Christian,

- « La situation des créanciers antérieurs », Rev. jur. com., 1987, p. 155.
- « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », in Études dédiées à René ROBLOT, Aspects actuels du droit commercial français, LGDJ, 1984, p. 529 et s.

MOUY Gregory, « La cession de créances à titre de garantie: une sûreté à part », in J.D.S., n°61, Janv. 2009, p. 71.

NSIE Etienne, « Les remises de dettes consenties au débiteur en difficultés », Rev. Proc. Coll. 1998-2, note 19.

OPPETIT Bruno, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Paris, Litec, 1990, p. 317, p. 321.

PANNEAU Fabienne et MOURLAQUE Claire, « L'exequatur étrangère en matière civile et commerciale: mode d'emploi », Procédures, mars 2005, étude 4, p. 9 et s.

PÉDAMON Michel,

- « La réserve de propriété en droit allemand », Gaz. Pal. 1981.1. Doc. 5.
- « La compensation de dettes connexes », RJ com., novembre 1992, n° spéc.

PÉROCHON Françoise,

- « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », D. 2009. 651.
- « Les créanciers revendiquants », in LPA, 20 mai 1992, n° 61, p. 19, n°29 et s.

PÉTEL Philippe, « L'allègement ou la suppression des intérêts », Rev. jur. com., n° 7 et 8, juillet- août 1994, p. 327.

PIEDELIEVRE Stéphane, « L'efficacité du droit de rétention face aux autres sûretés réelles », in Rev. huiss., sept. 2001, n°5, p. 290.

PIETTE Gaël, « La nature de l'antichrèse après l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », D. 2006, n° 24, p. 1689.

POLLAUD-DULIAN Frédéric, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », JCP éd. G, 1998, I, 138.

PUTMAN Emmanuel, « Sur l'origine de la règle : " meubles n'ont point de suite par hypothèque" », RTD civ. 1994, p. 543 et s.

RANGEON François, « Réflexions sur l'effectivité du droit », in les usages sociaux du droit, Paris, P.U.F., 1989.

RIFFARD Jean François, « Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé », Actes du colloque sur Le droit

des sûretés à l'épreuve des réformes, Perpignan, les 9 et 10 juin 2006, sous la direction de Y. PICOD et P. CROCQ, éd. jura. et tech., 2006, n°178, p.114.

ROBINE David, « Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 » : Bull. Joly Sociétés 2006.

SEXER Yves et MARTIAL Nathalie, « Des moyens de surmonter la forclusion en matière de déclaration de créances », Rev. Proc. Coll., n° 2004-2, p. 118.

SIMLER Philippe, « Rapport de synthèse », in *Les garanties du financement*, Trav. Ass. H. Capitant, Journées Portugaises, T. 47, LGDJ, 1998, p. 23 et s.

SOLIMAN M.M., « L'État de droit dans le cadre de la Bonne Gouvernance - La loi, le Judiciaire et le Législatif », Médias et gouvernance, Atelier sur la gouvernance à l'intention des journalistes Maghrébins, Nouakchott, 17 au 18 mai 2000, en ligne : www.pnud.mur/gouvernance/seminaire/soliman.html.

SMOUTS Marie Claude, « Du bon usage de la gouvernance en relations internationales », Revue internationale des sciences sociales, Unesco, Paris, n°155, mars 1998, p.35.

STANFORD Martin J., « A broader or a narrower band of beneficiaries for the proposed new international regimen ? : Some reflections on the merits of the Convention/Protocol structure in facilitating the former / Élargir ou restreindre l'éventail des biens d'équipement qui seront soumis au nouveau régime international proposé ? : quelques considérations sur le bien-fondé de la structure Convention/Protocole pour faciliter une plus large application de la Convention », (1999) 4 *Rev. dr. unif.* 242, 243.

STORCK Michel, « Cautionnement et procédures collectives », L.P.A., 20 sept. 2000, n° 188, p. 38.

STOUFFLET Jean,

- en conclusion du colloque « Repenser le droit des sûretés mobilières », ouvrage collectif sous la direction de M.-E. ANCEL, LGDJ, 2005, p. 114.
- « Le nantissement de meubles incorporels », in Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP éd. G, suppl. au n° 20, 17 mai 2006, p. 19 et s.
- « L'usage de la propriété à des fins de garantie », Les sûretés, FEDUCI, Bruxelles, 1984, p. 321.

TAURANT Thierry, « Efficacité juridique et droit du travail », in *R.R.J.*, 2006-4, t. 2.

TEBOUL Georges, « La bonne foi et les procédures collectives », Gaz. Pal., mars 2009, n° 76, p. 20

TERRÉ François, Rapport de synthèse, in L'effectivité des décisions de justice, Travaux de l'association H. Capitant, Journées Françaises, t. XXXVI, Economica, 1985.

VAÏSSE Sauveur, « Sûretés et insécurité », Rapport, 14^{es} entretiens de Nanterre des 13 et 14 mars 1987, *JCP éd. E, Cah. dr. entr.*, suppl., n° 5, p. 19.

VAN OMMELSLAGHE Pierre, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, FEDUCI, Bruxelles, 1984, p. 345 et s.

VASSEUR Michel, « Les garanties indirectes du banquier », colloques de Deauville, *Rev. jur. com.* février 1982.

VIANNEY NYIRIHIMIGO Jean-Marie, « Les aspects financiers du microcrédit », 3^e colloque de l'Association du Notariat Francophone : micro-économie et sécurité juridique.

VIVANT Michel, « L'immatériel en sûreté », in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz-Litec, 1999.

WIEDERKEHR Georges, « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles », in *Études offertes à Alfred JAUFFRET*, Faculté de droit et de sciences politiques d'Aix-Marseille, 1974, p. 661.

WITZ Claude, « La Fiducie, sûreté en Droit français », in *L'évolution du droit des sûretés*, *Revue de jurisprudence commerciale*, février 1982.

WITZ Claude, « Réflexions sur la fiducie-sûreté », *JCP* 1993 éd. CI, Étude 244.

IV. Ressources électroniques

<http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB14/Resolving-Insolvency-fr.pdf>.

<http://www.urbanisme.equipement.gouv.fr/cdu/accueil/bibliographies/gouve.../note 3.ht, p.1>.

http://www.bceao.int/IMG/pdf/loi_uniforme_reglementation_bic_français.pdf.

<http://fr.allafrica.com/stories/201309161834.html>.

<http://news.abidjan.net/h/511037.html>.

<http://economie.jeuneafrique.com/regions/afrique-subsaaharienne/23329-dopee-aux-dirhams-la-baci-gagne-du-terrain.html?>

<http://www.ebrd.com/new/index.htm>.

<http://français.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Methodology/Survey-Instruments/DB14/Getting-Credit-Legal-Rights-fr.pdf>. consulté le 30 décembre 2014.

<http://français.doingbusiness.org/rankings>. Consulté le 30 décembre 2014.

<http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/modellaw/modellaw.pdf>.

http://www.worldbank.org/ifa/ipg_fre.pdf.

http://www.worldbank.org/ifa/IPG_Revised_Principles_French.pdf.

Rapport du Secrétaire général, A/CN.9/WG.VI/WP.11/Add. 1, disponible sur le site de la CNUDCI http://www.uncitral.org/french/workinggroups/wg_6/wp-11add1-f.pdf.

www.ebrd.com/st.

<http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html.

<http://news.abidjan.net/h/511903.html>. consulté le 28 janvier 2015.

<http://news.abidjan.net/h/523831.html>. Consulté le 31 janvier 2015.

Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles (Le Cap, 2001), <http://www.unidroit.org/french/conventions/mobile-equipment/mobile-equipment.pdf>.

www.rti.ci/actualite-2087-accord-trouve-entre-le-ministere-de-l-enseigne...;

<http://www.avenue225.com/bacongo-decide-du-partage-du-site-des-assemblees-de-dieu-de-cocody-revue-de-presse>.

AGENCE CANADIENNE DE DÉVELOPPEMENT INTERNATIONAL (ACDI), La gouvernance en Afrique, disponible en ligne : <http://www.acdi.org>.

V. Notes, observations et jurisprudence

Marie Pierre DUMONT-LEFRAND, obs., Cass. com., 26 mars 2013, Gaz. Pal., 13 juin 2013, n° 164, p. 21.

MESTRE J., obs., sous cass. com., 20 juin 1989, JCP éd. E., 1990, II, 15668, n°9.

P. PISONI, obs., Cass. com., 26 avr. 2000, D., 2000, A. J., p. 279.

M.-H. MONSÈRIÉ-BON, obs., Cass. com., 8 janv. 2002, Dr. et patr., 2002, n° 106, p. 105,

PÉROCHON F., obs., Cass. com., 15 déc. 1992, D., 1993, Som. p. 293,
Cass. com., 5 oct. 199, Rev. proc. coll., 1993, p. 563, obs. B. SOINNE.

Cass. com., 29 mars 1989, Bull. civ. IV, n° 105.

Cass. com., 10 juill. 2001, JCP éd., G., 2001, IV, 2690.

Cass. com., 6 mai 1986, D., 1988, Som. p. 9, obs. F. DERRIDA.

Cass. com., 9 avr. 1991, Bull. civ., IV, n° 130.

Cass. com., 26 juin 2001, Actu. Proc. coll., 21 sept. 2001, n° 182.

Cass. com., 8 juin 1993, Rev. huiss., 1993, p. 202, obs. D. VIDAL.

Cass. com., 25 oct. 1994, Rev. proc. coll., 1995, p. 205, obs. B. SOINNE.

Cass. com., 23 janv. 1996, RTD. com., 1997, p. 310, n° 13, obs. B. BOULOC.

Cass. com., 9 janv. 1990, RTD civ., 1991, p. 766, obs. F. ZENATI.

CA Paris, 12 mai 2000, RTD com., 2000, p. 1014, obs. A. MARTIN-SERF.

Cass. com., 5 mars 2002, D., 2002, A.J., p. 1139, obs. A. LIENHARD.

Cass. com., 22 nov. 1994, RTD. Com., 1995, p. 453, obs. M. CABRILLAC.

Cass. com., 10 mai 2000, Bull. civ. IV, n° 98.

CA Paris, 2 oct., 1987, Rev. Banque, déc. 1987, p. 1208.

Cass. com., 15 déc. 1992, Bull. civ. IV, n° 412.

CA Paris, 3 avr. 1998, RTD com., 2000, p. 180, obs. A. M MARTIN-SERF.

CA Paris, 26 juin 1998, D. aff., 1998, p. 1401, obs. A. LIENHARD.

Cass. com., 6 janv. 1987, JCP éd. E., 1987, I, p. 315, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

Cass. com., 10 juill. 1990, D., 1990, I. R. p. 192.

CA Paris, 2 déc., 1986, BRDA, 1987, p. 13.

Cass. com., 15 mars 1994, Rev. proc. coll., 1994, p. 405, obs. B. SOINNE.

Cass. civ. 3°, 26 juin 1991, Bull. civ. III, n° 197.

Cass. com., 2 mars 1999, JCP éd. G., 1999, I, 177, n° 15, obs. Ph. PÉTEL.

CA Toulouse, 27 nov. 1984, D., 1985, p. 185, note J. MESTRE.

Trib. com., Paris, 7 déc. 1993, Gaz. Pal. 1994, 2, Som. p. 469.

Cass. com., 22 mars 1994, D., 1996, Som. p. 219, obs. F. PÉROCHON.

Cass. com., 17 mai 1988, Bull. civ. IV, n° 166.

Cass. com., 6 mars 1990, Bull. civ. IV, n° 73.

CA Paris, 25 oct. 1983, D., 1984, I.R. p. 234.

Trib. com. Paris, 1er juill. 1981, RJ com., 1981, p. 379, note J. MESTRE.

CA Paris, 26 oct. 1983, D., 1984, I.R. p. 234.

Cass. com., 6 juill. 1993, JCP éd. E., 1994, II, n° 549, obs. C. LARROUMET.

Cass. com., 9 juill. 1991, Bull. civ., IV, n° 252 ; JCP éd. E., 1991, I, 102, n° 9, obs. Ph. PÉTEL.

CA aix-en – Provence, 23 nov. 1988, Gaz. Pal. 1989, 1, 279, note P. Latil.

CA Nancy, 5 oct. 1988, Rev. proc. coll. 1989, p. 501, obs. B. SOINNE.

Cass. com., 27 mai 1997, D., aff., 1997, p. 860.

Cass. com., 8 mars 1994, D., 1996, Som. p. 215, obs., F. PÉROCHON.

Cass. com., 28 juin 1988, Rev. dr. bancaire et bourse, 1988, p. 207, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

Cass. com., 13 juin 1989, Bull. civ. IV, n° 190.

Cass. com., 28 juin 1994, D., 1996, Som. p. 216, obs. F. PÉROCHON.

Cass. com., 8 mars 1994, D., 1996, Som. p. 215, obs., F. PÉROCHON.

Cass.com. 19 nov. 1996, JCP. E., 1996, n° 14.

Cass. com., 20 mai 1997, RTD civ., 1997, p. 707, obs. P. CROCQ ; D., 1998, p. 479, note F. KENDERIAN.

Cass. com., 8 juin 1999, Bull. civ. IV, n° 125 ; Banque et droit, sept. Oct. 1999, p. 50, obs. N. RONTCHEVSKY.

Trib. com., Lille 27 mai 1988, Rev. proc. coll., 1989, p. 176, n° 14, obs. B. SOINNE.

CA Nancy, 12 janv. 1995, Rev. proc. coll., 1996, p. 107, n° 24, obs., B. SOINNE.

Cass. com., 20 mai 1997, D., 1997, som., p. 312, obs., A. HONORAT.

Cass. com., 13 nov. 2001, Dr. et patr., avr. 2002, p. 101, n° 3073, obs. M.- H. MONSÈRIÉ-BON.

Cass. civ., 8 déc. 1840, S., 1841, 1, p. 23.

CA Paris, 5 mars 1992, JCP éd. G, 1992, I, obs., Ph. DELEBECQUE.

CA Poitiers, 23 déc. 1935, D., 1936, p. 107.

Trib. Vervins, 14 août 1885, S., 1885, 2, 220.

Cass. civ., 2°, 27 mai 1961, Bull. civ. II, n° 386.

Civ., 31 mars 1851, DP, 1851, I, p. 165.

Cass. com., 31 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 195.

Cass. civ., 1°, 5 oct. 1966, Bull. civ. I, n° 454.

Cass. com., 13 dec. 1983, Bull. civ. IV, n° 347.

Cass. com., 3 oct. 1989, Rép. Defr. 1990, p. 1350, obs. L. AYNÈS ; RTD civ., 1990, p. 307, obs. F. ZENATI.

Cass. civ. 1°, 7 janv. 1992, JCP éd. G., 1992, II, 21971 note Ramarolanto RATIARY.

Cass. req., 29 nov. 1938, Gaz. Pal. 1939, I, p. 133.

CA Aix-en-Provence, 10 oct. 1979, Bull. AIX, n° 217.

CA Poitier, 23 déc. 1935, DH. 1936, 107.

Cass. req., 13 juill. 1874, S., 1875. 1. p. 145 : CA Poitiers, 23 déc. 1935. D.H. 1936. p.107.

Cass. civ., 3° ch., 20 mars 2002, JCP éd. G., 2002, Actualité, 175.

Cass. com., 15 janv. 1957, D. 1957, P. 267, note J. Humard.

Cass. civ., 22 juin 1858, DP, 1859, I, 238 ; S., 1858, I, 591.

Cass. civ. 1°, 22 mai 1962, D., 1965, p. 58, note R. RODIÈRE.

Cass. civ., 13 juill. 1874, S., 1875, 1, 145.

Cass. civ. 3°, 16 déc. 1998, JCP éd. G., 1999, I. 158, n° 8, obs., Ph. DELEBECQUE ; RTD civ., 1999, p. 439, obs. P. CROCQ.

Cass. com., 14 avril 1992, JCP éd. G., 1992, I, 3583, obs. Ph. DELEBECQUE.

Cass. com., 4 janvier 2000, D. 2000. p. 533, note F. Le Corre-Broly.

RJ com., 2000, p. 266, n° 156, note C. Dumesnil Rossi.

Vasseur M., obs. sous Cass. com. 19 avr. 1985, D. 1986, Somm., p. 9.

CABRILLAC M., note sous Cass. com. 1^{er} oct. 1985 et CA Nancy 19 déc. 1985, D. 1986, Jura., p. 246 et s.

Cass. Com. 15 mars 1988, D.1988 note F. PÉROCHON ; Banque 1988, note Rives-Lange p. 486; JCP 1988 éd. E, II, 15221.

Cass. 3^e civ., 28 janv. 2015, n° 13-24.040, P+B.

Cass.com, 22 mai 2013, n° 11-23. 961, FS-P+B, note Marie Hélène MONSÈRIÉ-BON , in R.D.P.C, n°5 sept-oct. 2013, n°130.

V. cass. Com., 10 mai 2012, n°11-17.626, F-P+B : jurisdata n°2012-00505, note Marie Hélène MONSÈRIÉ-BON.

Cass. com., 22 juill. 1986, bull.civ. IV, n°170 ; D., 1988, som. p. 67, obs. F. DERRIDA.

Cass. com., 1^{er} oct. 1985, n°-12.015, bull.civ. IV, n°222, D. 1986, jura., p. 246, note M. CABRILLAC, D. 1986, I.R., p. 169, 15^e esp., obs. DERRIDA F.

Cass. com. 5 oct. 2004, JCP éd. G, 2004, II, 10191, note S. PIEDELIÈVRE.

Cass., 5 octobre 2004, pourvoi n° 0100863, BNP c/ X., *Bull. civ.*, 2004, IV, n° 176, p. 199.

CA Paris, 7 mai 2004, JCP éd. G, 2004, I, 188, no 16, obs. Ph. Simler et Ph. DELEBECQUE

cass. 3^e civ., 10 Décembre 2002, D. Aff. 2003, note Ph. DELEBECQUE ; JCP G 2003, II, 10034, note O. GUERIN ; RTDciv. 2003, 327, obs. P. CROCQ.

Cass. civ. 1^{re} , 4 déc. 2001, Bull. civ. I, n° 100.

Cass. com. 9 avr. 1996, Bull. civ. IV, n° 116 ; D. 1996, p., 399, note Ch. LARROUMET ; D. 1996, Somm., p. 385, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP éd. G, 1997, I, 3991, no 18, obs. Ph. Simler et Ph. DELEBECQUE ; RTD civ. 1996, 669, obs. P. CROCQ.

Cass. com. 3 juin 1997, Bull. civ. IV, no 165 ; D. 1998, p. 61, note J. François ; JCP éd. G, 1997, II, 22891, rapp. J.-P. RÉMERY.

Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-11.915, Bull. civ. IV, n° 141, JCP E 1997, I, 681, n° 10, obs. M. CABRILLAC.

RTD civ. 1997, p. 707, obs. P. CROCQ.

Defrénois 1997, n° 161, p. 1427, obs. L. AYNÈS.

D. 1998, somm., p. 102, obs. S. PIEDELIÈVRE.

RTD com. 1998, p. 202, obs. A. MARTIN-SERF.

Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.719, Bull. civ. IV, n° 181, JCP E 1998, p. 2070, obs. M. CABRILLAC.

Cass. com., 9 juin 1998, n° 96-12.719, Bull. civ. IV, n° 181, JCP E 1998, p. 2070, obs. M. CABRILLAC.

CA Versailles, 28 oct. 1993, Bull. inf. C. cass., 15 février 1994, n° 227.

Cass. com., 8 juin 1999, n° 97-12.233, Bull. civ. IV, n° 125, D. 2000, somm., p. 388, obs. S. PIEDELIÈVRE, D. 2000, somm., p. 297, obs. B. MERCADAL, JCP G 1999, II, n° 10121, rapp. J.-P. RÉMERY, JCP E 2000, p. 130, n° 13, obs. M. CABRILLAC, JCP E 2000, p. 459, n° 18, obs. Ph. DELEBECQUE, Banque et droit 1999, p. 50, obs. N. RONTCHEVSKY, RTD com. 1999, p. 968, obs. A. MARTIN-SERF.

Cass. 3^e civ., 24 juin 1998, n° 97-17.108, Bull. civ. IV, n° 137, JCP G 1999, I, 103, n° 9, obs. M. CABRILLAC, JCP G 1999, I, 116, n° 2, obs. Ph. DELEBECQUE, RTD com. 1999, p. 972, obs. A. MARTIN-SERF.

Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12.324, Bull. civ. IV, n° 11, D. 2005, p. 430, obs. LIENHARD A., D. 2005, p. 782, note P.-M. LE CORRE, D. 2005, p. 2082, obs. P. CROCQ, D. 2005, p. 2016, obs. F.-X. LUCAS, RTD com. 2005, p. 413, obs. A. MARTIN-SERF, JCP G 2005, I, 147, n° 15, obs. M. CABRILLAC.

Cass. com., 9 mai 1995, no 92-20.811, RTD civ. 1996, p. 441, obs. P. CROCQ, Rev. proc. coll. 1995, p. 487, obs. B. SOINNE ; v. aussi Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660, Bull. civ. IV, n° 23, JCP G 2001, I, 321, n° 13, obs. M. CABRILLAC, RTD civ. 2001, p. 399, obs. P. CROCQ, RTD com. 2001, p. 518, obs. A. MARTIN-SERF, D. 2001, p. 702, obs. A. LIENHARD.

FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, note sous C.A. Metz, 1^{re} ch. 28 janv. 2003, RDBF, n° 4, Juillet/août 2003, p.212.

Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.811, Lamyline.

Cass. com., 23 janv. 2001, n° 97-21.660, Bull. civ. IV, n° 23.

C.A. paris, 28 mars 2003, Jurisdata n° 2003- 209876.

Cass. req. 8 mai 1934, S. 1934, 1, p. 342.

Cass. civ. 1^{re}, 17 nov. 1959, Bull. civ. I, n° 480.

Com., 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 141.

Com., 11 juin 1969, *Bull. civ. IV*, n° 221.

Cass. civ., 15 juin 1931, Rev. gen. ass. terr., 1931, p.801, obs. Picard.

Cass. civ., 29 juillet 1931, Rev. gen. ass. terr., 1931, p.1015.

Cass. 3^e civ., 25 octobre 1976, Bull. civ. III, n° 367.

Cass. 2^e civ., 14 juin 1989, Bull. civ. II, n° 127.

Cass. 1^{re} civ., 30 juin 1993, Bull. civ. I, n° 235.

Cass. 1^{re} civ., 17 mars 1998, pourvoi n° 96-12249, Bull. civ. 1, n° 111 p.73.

Cass. 1^{re} civ., 18 janvier 1967, D. 1967, p.358, obs. J. Mazeaud.

T.c.a., Jugement contradictoire du 04 décembre 2014.

B. DIALLO, Les mesures d'exécution et la nécessité de disposer de titre exécutoire, Note sous Arrêt, Cour d'Appel de Daloa, Chambre civile et commerciale, Arrêt n° 63 - 14 janvier 2005 (CFAO c/ DA et la SGBCI), Jurifis Infos n° 13 - Nov.-Déc. 2013, p. 41-43 ; Ohadata D-14-03.

Bakary DIALLO, La saisie immobilière en OHADA vue par le juge suprême, Commentaire de l'Arrêt C.C.J.A n° 25 du 15 juillet 2004, in Jurifis, éd., spéc., n° 12, octobre 2012, p. 44 ; Ohadata D-13-16.

CROCQ Pierre, obs. sous Cass. com., 9 mai 1995, n° 92-20.565, Bull. civ. IV, n° 135, RTD civ. 1996, p. 441.

C.C.J.A, arrêt n°002/2005 du 27 janvier 2005, Aff. Abdoulaye B. B. contre BIA-Niger.

C.C.J.A. 1^{re} Chambre, Arrêt n° 006 du 28 février 2008 – Affaire : ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ 1.- SDV COTE D'IVOIRE dite SDV-CI / 2.- Société IED / 3.- Administration des Douanes.- Le Juris-Ohada n° 2 – Avril- Mai - Juin 2008, p. 13.- Recueil de jurisprudence de la CCJA, n° 11, janvier-juin 2008, p.35.

CCJA, arrêt n°041 du 07 juillet 2005, ohada.com.

Tribunal de commerce d'Abidjan(TCA) jugement contradictoire du 28 novembre 2013. RG N° 1648/13, <http://www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/crances/RG1648RS28NOV2013.pdf>.

Cour d'appel d'Abidjan, Arrêt n° 92 du 31 janvier 2003 Dame Ghoussein Fadiga Malick c/Société Alliance Auto, Penant n° 872, p. 379, Observations de Robert ASSONTSA.

Tribunal de commerce d'Abidjan ordonnance de référé du 25/01/2013 Société BARITO CONTRACTOR C/ Société Compagnie Abidjanaise de Réparation Navales et de Travaux Industriels dite CARENA. <http://www.tribunalcommerceabidjan.org/documents/publications/procedures/REFERE.pdf>.
Cour d'Appel de Niamey arrêt n° 76 du 23 mai 2001, Affaire Abdoulaye Baby Bouya contre la Banque Internationale pour l'Afrique (BIA-NIGER).

arrêt CCJA n° 013/2002 du 18 avril 2002, Banque Internationale du Commerce et de l'industrie de Côte d'ivoire (BICICI) contre DOUM M'BANDY, Boucherie moderne de Côte d'Ivoire dite Boucherie DOUM M'BANDY.

TGI Ouagadougou, jugement n° 236 du 17 mars 1999 ohada.com.

TPI de Menoua à Dschang, jugement n° 46/ civ. Du 12 juil. 2004, ohada.com/ Ohadata j-05-106.

TPI Daloa, jugement n°303 du 21 nov. 2003, Juriscope. Org.

arrêt époux karnib c/ SGBCI du 11 octobre 2001.

Section du Tribunal de Sassandra, jugement n° 42 du 20 février 2003, Ohada.com/Ohadata J-04-307.

VIDAL (D.), note sous Cass. com. , 17 nov. 1992, D. 1993, p. 41.

Cass.com, 14 mars 2000, Sté AIPAL C/ PIERRE, RDBF 2000, p. 88, comm. n° 69; D. 2000, Act. Jurisp. p. 167, obs. A. LIENHARD.

RTDcom. 2000, p. 716 et s., obs. A. MARTIN-SERF; Defrénois 2000, p. 852, obs. J.-P. SENEGAL; JCP E 2000, p. 1571, note P.-M. LE CORRE.

Cass. com., 26 nov. 2002, Me BOUFFARD ès qual. c/ S.A. Crédit commercial du Sud Ouest, RDBF 2003, n° 1, p. 28, comm. n° 29.

LIENHARD Alain, Observations sous Cass. Com. 21 novembre 2006 (deux arrêts), D., 2006, n° 43, p. 2984.

Cass. com., 9 janv. 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 9.

Cass. com., 3 janv. 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 3.

CA Paris, 19 janv. 1996, *D. aff.*, 1996, p. 357.

Cass. com., *Bull. civ.*, IV, n° 3.

Cass. com., 14 janv. 1997, D., 1997, I.R. p. 52.

CA Paris, 19 janv. 1996, *D. aff.*, 1996, p. 357.

Cass. com., 20 juin 1995, *Bull. civ.* IV, n° 186.

Cass. com., 3 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 114.

VI. Codes, lois, rapports

Code OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, 2^e éd., Juriscope, 2002.

Code OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 3^e éd., 2007

Code OHADA, Traités et actes uniformes commentés et annotés, 4^e éd., Juriscope, 2014.

Constitution ivoirienne de 2000.

Constitution Française de 1958.

Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

Décret du 26 juillet 1932 portant réorganisation du régime de la propriété foncière en Afrique occidentale française. Disponible ici : <http://www.foncierural.ci/reglementation-fonciere-rurale/13-decrets-d-application/39-decret-du-26-juillet-1932-portant-reorganisation-du-regime-de-la-propriete-fonciere-en-afrique-occidentale-francaise>. Consulté le 21 Février 2015.

Directive 2000/35/CE en son article 4, remplacée par la Directive 2011/7/UE du 16 février 2011 en son article 9.

Loi n° 2014-136 du 24 mars 2014 portant réglementation des Bureaux d'Information sur le Crédit publiée au journal officiel (J. O.) de la republique de Côte d'ivoire du 18 avril 2014.

Ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la procédure de saisie immobilière.

Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, J.O. 24 mars 2006.

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, J.O. 21 févr. 2007.

Ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, J.O. 31 janv. 2009.

Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, J.O. 13 mai 2009.

Loi « Hamon » n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

Loi n° C 2013/09377, 11 juill. 2013 : Moniteur belge, 2 août 2013. Loi disponible ici : http://www.juridat.be/tribunal_commerce/verviers/images/124855.pdf. Consulté le 04 février 2015.

Loi n°2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin.

Loi n° 98-750 du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rurale en Côte d'ivoire.

Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises

Ordonnance n°00-027/p-rm du 22 mars 2000 portant code domanial et foncier de la république du Mali modifiée par la loi n° 02-008 du 12 février 2002.

Rapp. AN. n° 1156, 13 juin 2013.

Rapport Doing Business, 2011.

Rapport CNUCED 2014.

Règlement CE n° 805/204 du 21 avril 2004.

VII. Dictionnaires, encyclopédies

Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de Paul-Gérard POUGOUÉ, Lamy, 2011.

Dictionnaire de l'académie française, 9^e éd., 1992.

Le Petit Larousse illustré, 2006.

Le Petit Larousse illustré, 2012.

Vocabulaire juridique, Gerard Cornu, Association Henri Capitant, PUF, 10^e éd., 2014.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les nombres renvoient au numéro des paragraphes)

A

Action directe, 237, 238
Analphabètes, 174, 181
Antichrèse, 349
Approche fonctionnelle, 41, 689, 883
Arrêt du cours des intérêts, 498
Assiette, 100
Attribution judiciaire, 404
Assimilation (technique de l'), 948, 999

B

Bancaire (crédit), 174, 191
Bancarisation, 197
BIC, **1043, 1052**
Bien :
– corporel/incorporel, 32, 98, 111
– meuble / immeuble, 115, 988

C

Cautionnement, 183
Cession d'actif, 635
Clause de réserve de propriété, 1021
Compensation, 241, 561
Common Law, 884
Creance :
– Cession, 127, 655
Créancier chirographaire, 459

Crédit-bail, 1020

D

Dépossession, 95
Doing business, 1026
Droit de rétention :
– effectif, 625
– fictif, 99, 643

E

Effectivité, 13
Efficacité, 3, 11, 13, 15, 29
Égalité, 838, 839, 1026
Épargne individuelle, 190
Essence de l'opération, 998
Exequatur, 1035
Extinction de la créance, 471
Enregistrement (formalité d'), **Erreur !**
Source du renvoi introuvable.

F

Fictive (dépossession), 99
Fiducie-sûreté, 124, 119, 125, 1021
Fonctionnelle, 56, 807
Forclusion/ relevé de forclusion, 467, 468,
475, 477

G

Gage général (droit de), 237,

Gage de droit commun : 32, 153

- biens futurs, 167
- immobilier, 349

Gages spéciaux :

- Avec dépossession, 829, 1015
- sans dépossession, 85, 87, 91

Garantie indirecte, 218

Généralisation, 831

Gouvernance, 1048

H

Hypothèque : 1014

- Définition, 324
- Inscription, 333
- Hypothèque mobilière, 106, 114, 970, 987
- Rechargeable, 337

I

Illettrée, 183

Immatriculation, 288, 291

Immunité, 559

Informel, 135, 140

Insécurité judiciaire, 1032

Inscription, 447, 449

Interruption des poursuites individuelles,
484

J-L

Juge commissaire, 477

Loi type, 803, 806, 807

M

Micro crédit, 134, 210, 212

Micro entreprise, 188, 209

Micro finance, 211

Monts de piété, 1016

N-O

Nantissement :

- de comptes-titres, 184
- Nantissement de créance, 32
- De compte de titres financiers, 32
- De stock, 164

Obligations (Droit des), 236

P

Pacte comissoire, 393

PME, 188

Présomption d'hypothèque, 771, 776

Privilèges, 833

Production des créances, 457, 472

Population profane, 176

propriétés-sûretés, 126, 184, 118, 566,
1019

R

RCCM, 176

Redressement judiciaire, 444

Reforme endogène/exogène, 1024, 1043

Règlement préventif, 444

Restitution, 570

Revendication, 571, 575, 586, 595

S

Saisies :

- conservatoires, 533
- exécutoires, 536

Secteur :

- Informel, 173
- Formel, 172

Security Interest, 881

Sûretés :

- définition, 1002
- négatives, 221
- préférentielles, 33, 831
- sûretés réelles traditionnelles, 34, 443
- sûretés réelles nouvelles, 35, 566

– mobilières, 80

– immobilière, 275

– sans dépossession, 101

Suspension des demandes en cours, 490

T

Téléologique, 806, 999

Titre :

- exécutoire, 540, 551
- Foncier, 294

Tontine, 203

Transfert fiduciaire, 663

U

Uniformisation, 690, 816, 819, 823, 881

Union de crédit, 202

Usuriers, 205

V

valeur (usage de la), 975

Voies d'exécution, 532, 562

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

INTRODUCTION	7
PARTIE 1 :	23
UNE EFFICACITÉ DES SURETÉS RÉELLES AFFAIBLIE PAR DES INCOHÉRENCES LÉGISLATIVES	23
TITRE 1 : Les incohérences structurelles du régime des sûretés réelles.....	26
Chapitre 1 : L’insuffisante rationalisation du droit des sûretés mobilières.....	27
Section préliminaire : La définition problématique des sûretés réelles en droit	28
OHADA	28
Section 1 : Une simplification incomplète du régime des sûretés mobilières.....	35
§.1. La conservation injustifiée de l’hétérogénéité au sein des garanties mobilières	36
traditionnelles	36
A. La relativité des nouvelles distinctions	37
1. L’uniformité technique au sein des sûretés mobilières traditionnelles : le gage et le nantissement.....	37
2. La généralisation inadaptée de la technique du gage	40
B. La nature hypothécaire des sûretés mobilières sans dépossession.....	43
§. 2. Le possible rapprochement des garanties basées sur la propriété	48
A. Une identité technique.....	49
B. Une différence de régime surmontable	52
Section 2 : Une accessibilité relative du droit des sûretés réelles mobilières	54
§.1 : La difficile adaptation des sûretés mobilières au contexte socio-économique de	54
l’OHADA	54
A. La réforme du droit des sûretés réelles mobilières pour une prise en compte du 55 secteur informel.....	55
1. La prise en compte du secteur informel.....	55
2. Aperçu des réformes du droit des sûretés mobilières	62
B. Les limites des réformes entreprises	67
1. L’exclusion des populations profanes	68
2. Le difficile accès au crédit des PME et microentreprises.....	73
§.2 : Le recours à des voies détournées d’obtention de crédit.....	76
A. Les circuits dits parallèles d’obtention de crédit	76
1. Les unions de crédits et les tontines	77
2. Les usuriers.....	78
3. Le développement du microcrédit	80
B. Un attrait renforcé pour les garanties indirectes.....	83
1. La nature diversifiée des garanties indirectes.....	84
a. Les « sûretés négatives »	84

α. Les sûretés négatives conférant un droit de veto ou d'intervention	87
β. Le droit d'information ou de regard.....	88
b. Les autres techniques de garanties tirées du régime général des obligations	88
2. L'impact des garanties indirectes sur l'efficacité des sûretés réelles	94
Consacrées.....	94
a. Un renforcement de l'efficacité des sûretés mobilières confirmées	94
b. Un apport limité	97
α. Entre les parties	99
β. À l'égard des tiers	101
Chapitre 2 : Les incohérences dans la réglementation de la	
garantie immobilière	105
Section 1. La survivance du caractère complexe de l'hypothèque	106
§.1. La pérennité des difficultés de constitution d'une hypothèque.....	107
A. La constance des problèmes liés à l'obtention du certificat de propriété... foncière.....	108
B. La persistance de la lourdeur procédurale.....	114
§.2. Les réformes entreprises.....	120
A. Des conditions essentielles partiellement améliorées	120
1. La définition de l'hypothèque.....	121
2. Les différents types d'hypothèques	122
a. L'hypothèque des immeubles futurs.....	123
b. L'hypothèque des immeubles indivis.....	124
c. L'inscription des hypothèques.....	126
B. L'ignorance des formes alternatives à l'hypothèque traditionnelle	126
1. L'hypothèque rechargeable	127
2. Le gage immobilier.....	131
Section 2. L'évolution tempérée des règles liées à la réalisation de la garantie	133
immobilière	133
§.1. Le maintien discutable de la procédure de réalisation instituée dans l'AUPSRVE	134
A. Une procédure en principe simplifiée, mais inadaptée	135
1. L'inadéquation de la nouvelle législation au contexte économique et social	135
2. Les faiblesses des systèmes judiciaires	137
B. Une procédure lourde et conflictuelle en pratique	138
1. La saisie immobilière proprement dite	139
2. La préparation de la vente forcée : la formalité d'adjudication.....	141
3. Les incidents de la saisie immobilière	143
§.2. Les nouvelles alternatives à la réalisation de la sûreté immobilière instaurées par.....	147
l'AUS	147
A. Des procédures formellement efficaces	148
1. L'admission du pacte comissoire	148
2. La reconnaissance de l'attribution judiciaire de l'immeuble objet de.... l'hypothèque.....	153
B. Des procédures fondamentalement limitées et encadrées	155
1. Les limites légales de leur usage	155
2. Les autres points d'ombres des deux mécanismes de réalisation de l'hypothèque.....	159

TITRE 2 : L'incohérence législative dans la réalisation des sûretés réelles.....	167
CHAPITRE 1 : Le cantonnement de l'efficacité dessûretés réelles traditionnelles dans leurmise en œuvre.....	168
Section 1 : Le bâillonnement des sûretés réelles traditionnelles dans les procédures d'insolvabilité	168
§. 1 : Le doute sur la survie des sûretés traditionnelles à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité contre le débiteur.....	169
A. La menace suscitée par l'interdiction générale d'inscription des sûretés réelles	169
1. Les sûretés réelles visées	169
2. Les effets de la non-inscription	172
3. La nécessité d'une réforme.....	175
B. La menace tirée de l'obligation de produire les créances	177
1. La rigueur de la procédure de production des créances.....	177
2. La sanction du défaut de production des créances	181
a. L'inopposabilité en cas de liquidation.....	182
b. L'extinction de la créance en cas de redressement.....	182
§. 2 : Les obstacles à la mise en œuvre efficace des sûretés réelles traditionnelles	187
A. L'interruption des poursuites individuelles.....	188
1. La suspension des demandes en cours.....	190
2. L'interdiction de toute nouvelle demande	190
B. La réduction substantielle des prérogatives des titulaires de sûretés réelles .	192
traditionnelles	192
1. La réduction du montant des créances garanties par les sûretés réelles ..	192
classiques.....	192
a. L'arrêt du cours des intérêts.....	193
b. « L'imposition » des délais et des remises	196
α. La dénaturation des remises de dette	196
β. L'instrumentalisation des délais et des remises	198
2. L'incertitude du paiement des créanciers traditionnels à la clôture de la	200
procédure.....	200
3. Le rétablissement partiel de leur droit en cas de cession isolé d'un bien	
grevé d'une sûreté réelle traditionnelle	202
Section 2 : Les lourdes contraintes imposées aux sûretés réelles traditionnelles.....	205
par l'AUPSRVE	205
§. 1 : L'excessive protection du débiteur	205
A. L'obligation d'information du débiteur.....	205
1. Dans les saisies conservatoires	206
2. Dans les saisies exécutoires	207
B. La possibilité de contestation de l'exécution forcée.....	209
1. Les contestations inhérentes à la forme	209
2. Les contestations essentielles	211
§. 2 : La précarité du titre exécutoire du créancier titulaire de sûretés réelles	213
préférentielles	213
A. L'obligation légale d'annulation	213

1.	La consécration des nullités de plein droit	214
2.	Les conséquences néfastes pour le créancier	216
B.	L'inviolabilité de la protection de certains débiteurs	217
1.	Le fondement de l'immunité	217
2.	Le sort du titre exécutoire	219
	CHAPITRE 2 : La relative amélioration de l'efficacité des223	
	sûretés réelles nouvelles.....223	
	SECTION 1. Le renforcement du régime de la propriété retenue à titre de	223
	garantie	223
§ 1.	Des facilités accordées au créancier revendiquant	224
A.	L'aménagement des conditions formelles d'exercice de l'action de revendication de meubles	225
1.	La prolongation du délai de revendication	226
2.	La précision de la juridiction compétente.....	231
B.	La simplification des conditions de fond de l'action en revendication de meubles.....	234
1.	L'assouplissement de la condition attachée aux biens en nature.....	234
2.	L'assouplissement du système probatoire de la revendication.....	242
C.	L'alternative à la reprise du bien, la revendication du prix de revente	247
1.	La revente antérieure au jugement ouvrant la procédure collective	248
a.	L'action exercée contre le débiteur	249
b.	L'action en paiement du prix de revente exercée contre le sous- acquéreur	251
2.	La revente postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective 252	
§ 2.	Le retour au droit de rétention originel	254
A.	Les avancées positives du régime du droit de rétention.....	255
1.	L'opposabilité de fait	255
a.	La reconnaissance de l'opposabilité du droit de rétention.....	256
b.	L'élargissement de l'opposabilité du droit de rétention	258
2.	L'indivisibilité de fait	264
B.	L'efficacité du droit de rétention lors de l'ouverture d'une procédure collective	265
1.	Le désintéressement rapide du rétenteur	267
2.	Le désintéressement complet du rétenteur.....	269
a.	Le désintéressement complet dans le redressement judiciaire.....	269
	α. Le plan de continuation..... 270	
	β. Le plan de cession	270
	b. Le désintéressement complet dans la liquidation judiciaire	275
	α. Le paiement préalable au retrait du bien	276
	β. Le paiement ultérieur à la réalisation du bien	276
	Section 2. L'organisation efficace de la transmission et de la cession de propriété ..	278
	à titre de garantie	278
§.1.	La souplesse de leur régime respectif	278
A.	La cession de créance à titre de garantie	279
B.	L'établissement du transfert fiduciaire de somme d'argent	281
§.2.	L'efficacité dans leur réalisation	283
A.	Une réalisation rapide lorsque le débiteur est in bonis.....	283
B.	Une résistance à la discipline collective.....	283
	PARTIE 2 :	292

UNE EFFICACITÉ DES SÛRETÉS RÉELLES OHADA RENFORCÉE PAR L'UNIFORMISATION 292

TITRE 1 : La détection des éléments essentiels à l'uniformisation

.....295

Chapitre 1 : L'indispensable définition des concepts clés297

de l'uniformisation297

Section 1 : La redéfinition téléologique des sûretés réelles 298

§ 1. Le choix d'une approche fonctionnelle des sûretés réelles 298

A. L'approche unitaire des sûretés en général 298

B. L'approche unitaire des sûretés réelles en particulier 309

§ 2. L'organisation fonctionnelle des règles d'opposabilité et de priorité 316

A. Les principes proposés au plan international 318

B. L'organisation moderne de la publicité et de l'opposabilité des sûretés réelles 321

OHADA 321

Section 2 : Les principales méthodes juridiques d'uniformisation 326

§ 1. Les techniques internes d'élaboration de l'uniformisation 327

A. La technique américaine d'uniformisation du Uniform Commercial Code
327

1. Buts poursuivis par l'approche « fonctionnelle » 330

2. Principales critiques formulées à l'encontre de l'approche « fonctionnelle »
» 331

B. Les techniques canadiennes d'uniformisation 333

1. Le concept de la présomption d'hypothèque 333

2. Le principe de l'« essence de l'opération » 338

§ 2. Les techniques d'uniformisation proposées au niveau international 344

A. Aux termes de la Convention du Cap (2001) 344

B. L'uniformisation du droit des sûretés québécois 347

C. Les modèles proposés par les organismes internationaux 349

1. Aux termes de la Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières
349

2. Aux termes de la Loi type de la BERD 351

3. Aux termes du Guide législatif sur les opérations garanties 353

Chapitre 2 : Les intérêts d'une uniformisation du droit356

des sûretés réelles OHADA356

Section 1 : Les intérêts formels de l'uniformisation 357

§ 1 : Le regain de cohérence du droit des sûretés réelles 357

§ 2 : La réduction et la suppression des inégalités entre sûretés réelles 365

Section 2 : Les intérêts pratiques de l'uniformisation 374

§ 1 : La levée des entraves et l'accès au crédit à moindres coûts 374

§ 2 : La conformité aux standards internationaux 382

TITRE 2 : La conceptualisation du droit des sûretés réelles

OHADA Uniformisé de lege ferenda391

Chapitre 1 : Le rejet de l'approche fonctionnelle absolue393

Section 1 : La critique de l'importation complète du modèle américain	394
§1. Une importation délicate au plan juridique	395
A. L'existence de notions fédératrices en droit des sûretés réelles OHADA ..	395
B. L'obligation de respecter les différences de nature.....	398
§2. Une importation politiquement difficile ?	399
A. L'attachement à la tradition juridique	400
B. L'inopportunité pratique d'une importation.....	402
Section 2. Les alternatives préconisées	405
§1. La généralisation de la propriété sûreté.....	406
A. Les avantages d'un système de sûretés réelles fondé sur l'usage de la propriété	406
B. Les objections à l'extension de la propriété sûreté	414
§2. Les autres possibilités envisagées	420
A. La suppression de la propriété sûreté	420
B. Le maintien de deux régimes différents	421
C. La technique de l'assimilation.....	422

Chapitre 2 : Pour une approche fonctionnelle adaptée au.....426

contexte du droit OHADA426

Section 1 : La possible consécration d'une sûreté réelle unique : L'hypothèque	427
§1. Les avantages d'une généralisation de l'hypothèque aux meubles.....	428
A. La correspondance de l'hypothèque aux exigences économiques	430
1. Le développement du crédit acheteur	430
2. Au regard des impératifs du crédit	431
B. La satisfaction des exigences de politique législative	432
1. L'intégration à l'ordre juridique interne	432
2. L'intégration à l'ordre juridique international	433
a. Le développement prévisible du système de l'hypothèque mobilière. 434	
b. L'adaptation du système de l'hypothèque mobilière aux exigences du commerce juridique international.....	435
§2. L'usage de la valeur du bien à titre de garantie.....	435
Section 2 : L'organisation de la généralisation de l'hypothèque et ses	439
répercussions sur les différentes catégories de sûretés réelles	439
§1. Un aperçu du régime de l'hypothèque mobilière en droit OHADA	439
A. Le domaine de l'hypothèque mobilière.....	440
1. Les personnes autorisées à consentir des hypothèques	440
2. Assiette de l'hypothèque mobilière	440
B. Le régime juridique de la garantie hypothécaire	441
1. Les regels de sa constitution	441
2. Les effets de la garantie hypothécaire	442
§2. La facilitation de la consécration de l'hypothèque mobilière par l'adjonction du	443
principe de l'essence de l'opération	443
A. L'universalisation de l'hypothèque par l'adoption du principe de l'essence de	444
l'opération	444
B. Proposition d'une définition nouvelle des sûretés réelles en droit OHADA	446
§3. Les répercussions de la généralisation de l'hypothèque sur les différentes catégories.....	449
de sûretés réelles.....	449
A. Les répercussions sur les gages et nantissements.....	449

1. La suppression des gages et nantissements spéciaux	449
2. La dépréciation de l'usage du gage avec dépossession	451
B. Incidences sur les propriétés sùretés	452
Section 3 : Les réformes complémentaires nécessaires à l'efficacité du nouveau.....	455
droit des sùretés réelles	455
§1. Les réformes endogènes au droit OHADA	456
A. Dans les procédures collectives d'apurement du passif.....	456
B. La construction d'un véritable espace judiciaire intégré.....	458
1. La suppression des obstacles d'ordre judiciaire	459
2. L'adaptation des voies d'exécution à toutes les institutions de crédit.....	463
§2. Les réformes exogènes au droit OHADA	464
A. Le renforcement de l'efficacité par la création de BIC au niveau communautaire	465
1. Nature juridique des BIC	468
2. Régime juridique des BIC	470
B. La pratique de la bonne gouvernance.....	473
CONCLUSION GÉNÉRALE	483
BIBLIOGRAPHIE.....	486
INDEX ALPHABÉTIQUE	518
TABLE DES MATIÈRES	521

Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles.

Résumé : Le droit des sûretés réelles a fait l'objet de profondes mutations à la suite de plusieurs réformes successives qui viennent de l'affecter. Si la matière s'est indubitablement modernisée, il reste qu'elle souffre d'un manque de cohérence globale qui tient tout à la fois à la trop grande offre de sûretés et à l'insuffisance de règles fédératrices venant régir l'ensemble. La question se pose alors de savoir s'il est possible et envisageable de dégager un socle de règles communes plus élaboré, voire même un droit commun, et selon quelles modalités. Il en ressort l'interrogation sur l'efficacité du droit ohada des sûretés réelles au regard de l'inadéquation entre les objectifs du législateur africain et les moyens qu'il a mis en œuvre pour les atteindre. Au regard des expériences internationales, la réponse à ces questionnements réside à notre sens dans une réforme plus ambitieuse du droit ohada des sûretés réelles qui se traduirait par l'adoption d'une approche fonctionnelle telle qu'il nous a été donné de voir dans des pays appartenant à la même tradition juridique que la nôtre. Plus concrètement, il s'agira de redonner, à travers cette conception fonctionnelle des sûretés, de la cohérence, de la simplicité et de l'accessibilité, en somme de l'efficacité au droit ohada des sûretés réelles de manière à le rapprocher des populations et des réalités socio-économiques des États de l'ohada tout en n'occultant pas les enjeux économiques internationaux.

Mots clés : Efficacité, Sûretés, Crédit, Sûretés réelles traditionnelles, Propriétés-sûretés, Secteur informel, Téléologique, Hypothèque, Hypothèque mobilière, Uniformisation, Réalisation des sûretés, Opposabilité, Publicité, Procédures collectives, Essence de l'opération, Uniform commercial code, Approche fonctionnelle.

Title : critical thought about reals securities interests efficacy in OHADA LAW,

Proposal for a reform of OHADA reals securities interests Law.

Abstract : The real security interests law/secured transactions has gone through crucial changes following a series of several reforms which has affected it. If the subject matter has undoubtedly been modernized, it is obvious that the real security interests law/secured transactions is still lacking of general consistency which is linked simultaneously to the large numbers of proposal on security interests and to the insufficiency of federative rules which come to govern the whole. Actually, the problem poses the question to know if it is possible and conceivable to put forward a base of more sophisticated general rules, or even a general law, and according to what methods? The interrogation underlines the efficacy of ohada real securities law in regard to the inadequacy between the objectives of the African legislator and the means used by him to achieve them. In other words, it is admitted to question on the way of a reinforcement of the actual real securities law in sight of a greatest efficacy. In regard to the international experiences, the answer of these questioning is found, in our opinion, in a reform more ambitious of the ohada real securities law which is going to lead to the adoption of a functional approach as it was observed in States with the same juridical culture of ours. In concrete terms, it is important to give back, through this functional conception of securities interest, coherence, and simplicity, in sum, efficacy to ohada real securities law likewise to bring it closer to the population and to the socio-economic realities of ohada member States while revealing the international economic stakes.

Keywords : Efficacy, Security interests, Trust, Common real security interests, Properties-security interests, Primary sector, Teleological, Mortgage, Personal/movable mortgage, Standardization, Realization of the security interests, Opposability, Advertisement, Collectives procedures, Nature of the operation, Uniform Commercial Code, Functional approach.

IRDAP

Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine

Université de Bordeaux- PAC Pessac

16 avenue Léon Duguit- CS 50057-33608 PESSAC Cedex