

THESE

**EN VUE DE L'OBTENTION DU GRADE DE DOCTEUR EN DROIT
SPECIALITE DROIT PRIVE**

Présentée et soutenue publiquement le 7 décembre 2017

Par :

Henry SIMENOU

EFFICACITE DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA

DIRECTEUR DE RECHERCHE

M. Cyril GRIMALDI

Professeur agrégé, Université Paris XIII

RAPPORTEURS

Mme Marie GORE

Professeur agrégé, Université Paris II Panthéon-Assas

M. Antoine GOUEZEL

Professeur agrégé, Université Rennes I

SUFFRAGANTS

M. Olivier BUSTIN

Avocat, Docteur en droit

Mme Anne ETIENNEY-De Sainte Marie

Professeur agrégé, Université Paris XIII

Au Docteur Joseph KENGUE,

A mes parents.

REMERCIEMENTS

Mes remerciements s'adressent en priorité au Professeur Cyril GRIMALDI, pour son indispensable soutien intellectuel au cours de ces nombreuses années.

Mes remerciements se dirigent ensuite vers les professeurs Anne ETIENNEY-De SAINTE MARIE, Marie GORE, Antoine GOUEZEL, et Maître Olivier BUSTIN, qui, en dépit de leurs nombreuses contraintes, ont accepté de consacrer un temps précieux à mes travaux.

Mes remerciements sont ensuite destinés à ma famille, celle à laquelle je suis lié par le sang, et celle à laquelle je suis attaché par amitié, pour leur inestimable soutien.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AU	Acte uniforme
AUA	Acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage
AUDCG	Acte uniforme portant sur le droit commercial général
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUSCGIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique
AUSCOOP	Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives
AUPSRVE	Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
Cass. Fr. civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation française
Cass. Fr. com.	Chambre commerciale de la Cour de Cassation française
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
ERSUMA	Ecole régionale supérieure de la Magistrature
GIE	Groupement d'intérêt économique
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
OHADATA	Référence électronique permettant d'accéder à la jurisprudence et aux articles de doctrine relatifs au droit OHADA sur le site de l'UNIDA : www.ohada.com
PME	Petites et moyennes entreprises
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SCS	Société en commandite simple
SNC	Société en nom collectif

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS ENDOGENES A L'AUS

TITRE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES
GARANTIES PERSONNELLES

CHAP I : FORMATION DES GARANTIES PERSONNELLES

CHAP II : REALISATION DES GARANTIES PERSONNELLES

TITRE II : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES
GARANTIES REELLES

CHAP I : FORMATION DES GARANTIES REELLES

CHAP II : REALISATION DES GARANTIES REELLES

PARTIE II : CONDITIONS D'EFFICACITE INSUFFISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS EXOGENES A L'AUS

TITRE I : LIMITES LIEES A LA DISPERSION DES REGLES DE DROIT OHADA
AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT

CHAP I : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES SOCIETES

CHAP II : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES
COLLECTIVES

CHAP III : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES
CIVILES D'EXECUTION

TITRE II : LIMITES LIEES A L'IMPORTANCE DE L'INSECURITE JURIDIQUE ET
JUDICIAIRE AU SEIN DE L'ESPACE OHADA

CHAP I : L'ABSENCE D'HARMONISATION DE DOMAINES JURIDIQUES
AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT

CHAP II : LA FAIBLESSE DU DROIT ECRIT AU SEIN DE L'ESPACE OHADA

CONCLUSION GENERALE

INTRODUCTION

Unité Africaine. L'Afrique rêve d'unité. Unie, nous n'avons connaissance d'aucun moment dans l'histoire où elle l'aurait été. Mais aujourd'hui, plus que jamais, ce rêve a des allures de possible. Plus que les joies partagées, les douleurs communes ont pour effet de rapprocher les peuples. Pour le continent africain, celles qui ont rempli ce rôle sont : l'esclavage et la colonisation.

Le développement des moyens de transport, la révolution des outils de communication, ont largement contribué à ce que les peuples africains aient de plus en plus le sentiment d'être liés par un destin commun. Ce besoin d'unité se décline au niveau institutionnel à travers la mise en place d'organisations interétatiques de taille continentale ou régionale.

L'OHADA, quoiqu'ayant vocation à s'étendre sur l'ensemble du continent, fait partie de la seconde catégorie. Elle se distingue des autres organisations régionales par son ambition prononcée pour l'uniformisation des règles de droit directement opposables aux citoyens des Etats-Membres qui la composent, et l'importance de son domaine d'intervention. Ce dernier intègre notamment le droit des garanties du crédit.

Avant d'effectuer une première approche du droit des garanties du crédit organisé dans le cadre de l'OHADA (II), nous pourrions difficilement faire l'économie d'une rapide présentation des éléments caractéristiques de l'organisation (I).

I- Présentation de l'OHADA

Plan. Un aperçu des grandes orientations de l'OHADA pourrait se révéler utile (A) avant la découverte des différentes institutions mises sur pied (B).

A- Orientations principales

Construction de l'OHADA. L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée suite au traité du 17 octobre 1993 signé à Port-Louis, à l'Ile-Maurice.

Le terme OHADA est utilisé pour désigner non seulement une organisation regroupant différents Etats, mais également le Traité qui en est à l'origine.

En tant qu'organisation internationale, l'OHADA est dotée d'une personnalité juridique distincte de celle des Etats qui en sont membres. Elle jouit donc de droits qui lui sont propres, et répond personnellement des obligations qui sont les siennes.

L'OHADA peut être considéré comme le fruit d'une coopération entre tous les Etats de la zone Franc¹.

Partant du constat selon lequel le développement économique de la plupart des pays africains était handicapé, non seulement par l'inadéquation des règles juridiques qui y avaient cours au contexte économique et mondial, mais également par l'insécurité juridique et judiciaire permanente à laquelle devaient faire face les acteurs économiques, les gouvernements africains des Etats de la zone Franc ont envisagé la possibilité de mettre en place un droit commun moderne des affaires².

Ces derniers ont confié la mission de conduire l'élaboration d'un avant-projet de traité à un directoire composé de MM. Kéba MBAYE³, Martin KIRSCH⁴ et Michel GENTOT⁵.

Examiné à Libreville en juillet 1993 par les ministres de la justice des Etats de la zone Franc, le projet de traité a été adopté à Abidjan en septembre 1992 à l'occasion d'une réunion des ministres de la Justice et ceux des Finances.

Ce projet de traité comportait cinq titres : les dispositions générales, les institutions, les Actes Uniformes, le contentieux relatif à l'interprétation et à l'application des Actes Uniformes, l'arbitrage.

Le traité fut signé à Port-Louis par 14 des 16 Etats africains de la zone Franc, les deux autres en firent de même quelques années plus tard.

Le traité, au regard de ce qui était prévu à l'article 52 ne devait entrer en vigueur que 60 jours

¹Outre la France, qui a activement participé à la création de l'OHADA et contribue à son développement, sont membres de la zone Franc les Etats africains suivants : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo (Brazzaville), la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Bissau, la Guinée Conakry, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo.

²Réunion des ministres des finances de la zone Franc, Ouagadougou, avril 1991.

³Ancien Président de la Cour Suprême du Sénégal, ancien vice-président de la Cour internationale de la Haye, ancien Président du Conseil Constitutionnel du Sénégal, ancien Président de l'UNIDA.

⁴Ancien Conseiller à la Cour de Cassation française.

⁵Ancien Président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat français, ancien Président de la CNIL.

après le dépôt par sept pays des instruments de ratification. Faisant suite au Sénégal, à la Centrafrique, au Bénin, au Mali, aux Comores, et au Burkina-Faso, le Niger devait être le septième pays à déposer ses instruments de ratification le 18 juillet 1995. Ce qui fixe la date d'entrée en vigueur du traité au 16 septembre 1995⁶.

Toutefois, l'entrée en vigueur du traité ne devait être effective pour chacun des pays signataires déposant ses instruments de ratification par la suite, que soixante jours après l'accomplissement de la dite formalité.

Le Traité a été ratifié sans réserve par l'ensemble des Etats membres de l'OHADA conformément à ce qu'il prescrivait en son article 54 : « Aucune réserve n'est admise au présent Traité ».

Le champ d'application territorial de l'OHADA a vocation à s'étendre à l'ensemble du continent africain.

En effet, au regard de l'article 53 du Traité, l'adhésion au Traité est ouverte non seulement à tous les Etats membres de l'Union Africaine, mais également aux Etats non membres qui y sont invités sur décision unanime des pays membres⁷.

Sur le fondement de l'article 54 du Traité, ont adhéré les deux autres Etats membres à la fois de la zone Franc et de l'UA : la Guinée Equatoriale et la Guinée Conakry.

Le premier Etat externe à la zone Franc mais membre de l'UA ayant adhéré à l'OHADA est la République Démocratique du Congo (R.D Congo)⁸.

Un autre Etat a engagé les procédures afférentes à une future adhésion : São Tomé-et-Principe. Trois autres envisagent leur intégration à l'OHADA : le Cap-Vert, le Ghana, le Nigeria.

Le Traité a fait l'objet d'une révision le 17 octobre 2008 à l'occasion d'une réunion des chefs d'Etat et de gouvernement des pays membres de l'OHADA qui s'est tenue à Québec (Canada).

⁶Nombreux sont les ouvrages qui désignent la date du 18 septembre 1995 comme étant celle de l'entrée en vigueur du traité (Code OHADA, « Harmonisation du droit des affaires » de J. ISSA-SAYEGH et J. LOHOUES-OBLE, « Le droit uniforme des affaires issu de l'OHADA » de B. MARTOR, N. PILKINGTON, D. SELLERS et S. THOUVENOT). Cette date fixe l'entrée en vigueur du Traité deux mois après le dépôt du septième instrument de ratification, au lieu des soixante jours indiqués à l'article 52 du Traité.

⁷La question de l'adhésion d'un pays non africain peut être ici posée. Le préambule du Traité, qui peut utilement servir à l'interprétation des différents articles, vient en soutien du choix de l'exclusion de tout Etat non africain des potentiels adhérents à l'OHADA.

⁸Adhésion le 11 février 2010, dépôt des instruments de ratification le 13 juillet 2012, entrée en vigueur le 11 septembre 2012.

Le Traité révisé devait entrer en vigueur soixante jours après le dépôt par huit pays des instruments de ratification. Cette entrée en vigueur intervint le 21 mars 2010⁹.

Cette révision a été l'occasion pour les membres de l'OHADA de modifier l'article 42 du Traité, relatif à la langue de travail¹⁰.

Dans le Traité du 17 octobre 1993, le français était désigné comme la langue exclusive de travail. Le désir d'expansion de l'organisation et la diversité des langues officielles des Etats membres ne pouvaient conduire qu'à une suppression de cette exclusivité.

Désormais, quatre langues sont élevées au rang de langue de travail : le français, l'anglais, l'espagnol, le portugais¹¹.

Toutefois, en cas de divergence entre différentes traductions, la primauté est donnée au document rédigé en langue française.

Contenu du Traité. L'étude du contenu du Traité OHADA laisse apparaître cinq catégories de clauses : un préambule, des dispositions générales, des clauses institutionnelles, des clauses matérielles, des clauses finales.¹²

Le préambule énumère dans un premier temps les différents Etats parties au Traité. Il fait ensuite état des motivations et des objectifs assignés au projet OHADA, ainsi que d'un certain nombre de déclarations de principe¹³.

La question de la valeur juridique attachée au préambule du Traité OHADA peut être posée. Dans les conventions internationales, le préambule n'est pas à proprement parler composé d'un ensemble de règles de droit ayant force obligatoire.

Il peut néanmoins servir à l'interprétation des dispositions du Traité. C'est dans cet ordre d'idées que le Conseil constitutionnel du Sénégal a, par une décision du 16 décembre 1996, indiqué que les dispositions du préambule du Traité OHADA ne sauraient être vues comme de simples

⁹Après le Burkina-Faso, le Tchad, la Centrafrique, le Niger, le Mali, le Gabon, le Togo, le Sénégal déposa ses instruments de ratification le 20 janvier 2010.

¹⁰Langue de rédaction de tous les documents officiels de l'organisation, langue de débats au sein des institutions.

¹¹On pourrait regretter l'absence de toute langue africaine.

¹²Jacqueline LOHOUES-OBLE, « *Traité OHADA et Règlement de procédure de la CCJA* », in *Traité et Actes uniformes commentés*, Juriscope, 1999 ; P-G POUGOUE, *Présentation générale et procédure en OHADA*, Presses universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998.

¹³Engagement en faveur de la construction d'une Communauté Economique Africaine ; réaffirmation d'un rattachement à la zone Franc, évacuant ainsi la question de l'adoption d'une monnaie commune indépendante de la tutelle de la France.

déclarations d'intention.

Les dispositions générales sont regroupées au sein du Titre I du Traité.

En son article 1er, le Traité précise son objet, qui est l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats parties. Il délimite le champ d'application matériel en son second article.

L'article trois comporte l'énumération des différentes institutions de l'OHADA-organisation : la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, la Cour Commune de Justice et d'arbitrage, le Secrétariat Permanent. Le même article fixe à Yaoundé, capitale du Cameroun, le siège de l'OHADA.

Le quatrième article quant à lui, prévoit deux catégories d'actes servant à la mise en œuvre du Traité. Ce sont les règlements¹⁴, et les décisions¹⁵. Ces actes sont de même nature que le Traité pour ce qui concerne leur valeur et leur applicabilité.

Les clauses institutionnelles sont principalement regroupées au sein du titre V du Traité. Elles portent sur l'organisation, le fonctionnement et les pouvoirs des institutions que nous avons énumérés précédemment.

Ce titre cinq, plus précisément l'article 41 du Traité, prévoit également l'institution d'un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires. Cet établissement est rattaché au Secrétariat Permanent et a été dénommé Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Les clauses matérielles ont trait ici aux activités normatives et juridictionnelles de l'OHADA, ainsi qu'aux moyens juridiques, financiers et en personnel dont dispose l'organisation pour son fonctionnement.

Les clauses finales occupent les deux derniers titres du Traité (Titre VIII et Titre IX). Elles sont relatives aux procédures de ratification et d'adhésion auxquelles les parties sont soumises, aux conditions d'entrée en vigueur du Traité, de même que celles afférentes à sa révision et à sa dénonciation.

Le Traité OHADA est d'applicabilité directe et est obligatoire à l'égard des Etats parties dans tous ses éléments. Il en est de même pour les Règlements et les Décisions, qui en sont

¹⁴Actes de portée générale relatifs à l'organisation et au fonctionnement des institutions de l'OHADA, aux procédures suivies devant elles, ou encore au statut des personnels des personnels de l'organisation.

¹⁵Actes individuels visant à régler les situations personnelles.

l'application.

Domaine de compétence de l'OHADA. Pour la réalisation de l'objet du Traité qu'est l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties, le choix a été fait de l'adoption de règles communes¹⁶. Ces règles communes ont été regroupées en fonction des matières sur lesquelles elles portent, dans différents actes. Ces actes sont au nombre de neuf à ce jour. Ils sont désignés sous le terme « Actes Uniformes »¹⁷.

On distingue ainsi l'AU relatif au droit commercial général (AUDCG)¹⁸, l'AU relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt collectif (AUSC)¹⁹, l'AU portant organisation des sûretés (AUS)²⁰, l'AU portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE)²¹, l'AU portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC)²², l'AU relatif au droit de l'arbitrage (AUA)²³, l'AU portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (AUC)²⁴, l'AU relatif au transport de marchandises par route (AUT)²⁵, et l'AU relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP)²⁶.

Ces matières ont dans l'ensemble été identifiées par le Traité en son article 2 comme faisant partie du domaine du droit des affaires tel qu'envisagé dans le droit OHADA²⁷.

Ne manque plus à l'appel que l'AU relatif au droit du travail (AUDT)²⁸, dont le projet est à l'étude depuis près d'une quinzaine d'années, et dont on commence à douter de l'éventuelle naissance²⁹.

¹⁶Article 1er du Traité.

¹⁷Nous désignerons par la suite le terme Acte Uniforme par le sigle AU.

¹⁸Adopté à Cotonou, au Bénin, le 17 avril 1997 ; entré en vigueur le 1er janvier 1998.

¹⁹Idem

²⁰Idem

²¹Adopté le 10 avril 1998 à Libreville, au Gabon ; entré en vigueur le 10 juillet 1998.

²²Adopté le 10 avril 1998 à Libreville au Gabon ; entré en vigueur le 1er janvier 1998.

²³Adopté le 11 mars 1999 à Ouagadougou, au Burkina-Faso ; entré en vigueur le 11 juin 1999.

²⁴Adopté le 23 mars 2000 à Yaoundé, au Cameroun ; entré en vigueur le 1er janvier 2001 pour la partie relative aux comptes personnels des entreprises, et le 1er janvier 2002 pour la partie relative aux comptes consolidés et combinés.

²⁵Adopté le 22 mars 2003 à Yaoundé, au Cameroun ; entré en vigueur le 1er janvier 2004.

²⁶Adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, au Togo ; entré en vigueur le 15 février 2011.

²⁷Article 2 du Traité OHADA : « Pour l'application du présent Traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports... »

²⁸Les dispositions relatives au droit de la vente commerciale ont été insérées dans l'AUDCG (Livre VIII). Un projet d'AU relatif au droit de la vente aux consommateurs est à l'étude.

²⁹Cet AU fait l'objet d'un affrontement féroce entre les acteurs de la société civile d'une part, et les entrepreneurs

Le Traité laisse ouverte la possibilité pour les Etats Parties d'inclure au domaine du droit des affaires, de nouvelles matières. Sont d'ailleurs à l'étude, les projets d'AU relatifs au droit des contrats, et au droit des télécommunications.

C'est donc une conception très élargie du droit des affaires qu'adopte l'OHADA.

Les AU adoptés à ce jour ont principalement subi l'influence du droit français. Seul l'AUSC a également connu l'influence notable du droit guinéen, et plus particulièrement du code des activités économiques promulgué le 8 décembre 1992.

Ces Actes Uniformes sont dès leur entrée en vigueur directement applicables et obligatoires dans les Etats membres de l'OHADA.

L'article 10 du Traité institue une règle de primauté et d'applicabilité directe des AU.

Le fait que la norme communautaire prime sur la norme interne est une solution assez classique en droit international.

Des difficultés peuvent se poser au moment de traiter de l'applicabilité directe des AU. Différents conflits de lois apparaissent entre les AU. Quel sort réserve-t-on aux dispositions internes en contradiction avec les AU ? Quel traitement est réservé aux dispositions nationales portant sur le même sujet que les AU, mais qui ne contredisent pas les règles posées dans les AU ? Les dispositions internes prises postérieurement à l'entrée en vigueur de l'AU traitant du même sujet s'imposent-elles ou sont-elles également écartées lorsqu'elles sont contraires aux AU ?

L'article 10 du Traité tranche pour l'abrogation des dispositions législatives ou réglementaires internes contraires portant sur le même objet que les AU. Par ailleurs, les dispositions nationales n'étant pas contraires aux AU demeurent valables. En outre, l'article 10 du Traité interdit pour l'avenir l'instauration de règles nationales contraires aux dispositions des AU^{30 31}.

Les dispositions des AU peuvent dès leur entrée en vigueur être invoquées dans les rapports

nationaux et étrangers d'autre part. Les uns souhaitent que soient préservés les maigres acquis sociaux existants et très largement inappliqués. Les autres souhaitent une libéralisation plus accrue encore du droit social. L'avant-projet d'AUDT établi le 24 novembre 2006 à Douala, au Cameroun, a fait les frais de cette guerre. Jugeant l'avant-projet non conforme à leurs intérêts, le lobby des associations patronales a permis d'interrompre la procédure d'adoption de l'AUDT.

³⁰CCJA, avis n° 001/2001/EP du 30 avril 2001 sur requête de la République de Côte d'Ivoire concernant l'effet abrogatoire des AU sur le droit interne.

³¹Il est possible de constater ici la mise à l'écart des organes législatifs nationaux du processus d'élaboration des normes.

existant entre différents ressortissants des Etats Membres. On parle d'effet direct horizontal du droit OHADA.

Elles peuvent également être invoquées à l'occasion de rapports existant entre les ressortissants des pays membres et les Etats Parties. On parle d'effet direct vertical du droit OHADA³².

Les AU viennent donc se substituer aux dispositions législatives et réglementaires de tous les Etats Membres de l'OHADA. Cette supranationalité qu'affiche le droit OHADA ne semble pas conforme à la mission d'harmonisation que s'est assignée l'organisation.

Au concept d'harmonisation du droit des affaires en Afrique, il est tentant de substituer celui d'uniformisation du droit des affaires.

En effet l'harmonisation du droit évoque un mécanisme plus souple de rapprochement de différentes législations. C'est une opération législative consistant à mettre en accord des dispositions d'origines différentes³³. L'intervention des institutions législatives nationales est dans ce cas incontournable.

Quant à l'uniformisation, elle implique la modification de la législation de différents pays tendant à mettre en place une réglementation identique dans une matière juridique donnée³⁴. Elle est donc beaucoup plus contraignante pour les Etats participants. C'est de ce modèle qui semble être le plus proche l'OHADA.

B- Organisation institutionnelle

Institutions de l'OHADA. Dans l'optique de mener à bien la mission qui lui est dévolue, l'OHADA s'est dotée de quatre institutions : la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, le Conseil des Ministres, le Secrétariat Permanent, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), et l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

L'analyse des prérogatives dont ont été dotées chacune de ces quatre institutions nous permet d'identifier : une forme de pouvoir constituant dérivé, exercé par la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement ; une forme de pouvoir législatif, exercé par le Conseil des Ministres ; une forme de pouvoir exécutif, entre les mains du Secrétariat Permanent ; une forme de pouvoir

³², J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES-OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant Bruxelles, 2002.

³³G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition.

³⁴Idem

judiciaire, représenté par la CCJA.

La Conférence des Chefs d'Etat. Si le Traité OHADA, en tant que source originaire, devait être regardé comme la constitution de l'OHADA, la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement en serait assurément l'organe détenant le pouvoir constitutionnel dérivé.

Cette institution n'avait pas été prévue par le Traité dans sa version initiale³⁵. Elle ne voit le jour qu'avec la révision du Traité opérée le 17 octobre 2008 à Québec (Canada)³⁶.

La nécessité de la création d'une telle institution s'est faite ressentir à partir du moment où les réunions informelles des chefs des Etats Parties, rares en raison de l'incompatibilité des agendas, se sont avérées insuffisantes pour un développement régulier du projet porté par l'OHADA.

La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement devait permettre, par son activité, non seulement de déterminer les grandes orientations de la politique d'harmonisation du droit des affaires, d'assurer la coordination des activités de l'OHADA avec celles des autres organisations africaines d'intégration, mais également de contrôler le fonctionnement des organes et institutions de l'OHADA³⁷ ;

La Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement est identifiée comme institution aux articles 3 et 27 du Traité OHADA.

Sans surprise, elle est composée des Chefs d'Etat et de Gouvernement des Etats Parties. Sa présidence est assumée par le Chef de l'Etat ou de gouvernement dont l'Etat assure la présidence du Conseil des Ministres.

Elle se réunit à l'initiative du Président de l'institution ou du tiers du nombre des Etats Parties. Une convocation est dès lors adressée à l'ensemble des membres.

Aucune exigence n'est prévue quant à la périodicité des réunions de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement. Il est prévu à l'article 27 du Traité qu'«elle se réunit tant que de besoin».

L'activité de la Conférence des Chefs d'Etats ne semble pas, pour l'instant, briller par son abondance.

³⁵Traité de Port-Louis (Ile-Maurice) du 17 octobre 1993.

³⁶Entrée en vigueur le 21 mars 2010.

³⁷OIF, Délégation à la paix, à la Démocratie et aux Droits de l'Homme. « *Examen des projets de révision et de réforme relatifs à l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* », Paris, 8-10 juillet, 24 et 25 août 2006, Rapport final, p. 5.

En effet, la première conférence statutaire des Chefs d'Etat et de Gouvernement de l'OHADA s'est tenue à Ouagadougou (Burkina Faso) le 17 octobre 2013, à l'occasion des festivités marquant la célébration des vingt ans de l'OHADA³⁸.

Cette première Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement a vu la participation de moins de la moitié des chefs d'exécutifs des Etats Parties³⁹. Ce qui est d'autant plus regrettable que l'institution ne délibère valablement que si les deux tiers au moins du nombre d'Etats Parties sont représentés⁴⁰.

Ces délibérations se tranchent en principe par consensus. A défaut de consensus, la majorité absolue suffit à emporter la décision.

La compétence matérielle de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement est assez étendue, puisqu'elle peut statuer sur toute question relative au Traité.

Le Conseil des Ministres. Avant la création de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, le Conseil des Ministres était considéré comme l'instance décisionnelle suprême de l'OHADA.

Fonctionnement. Sa composition est définie à l'article 27 du Traité. Chaque Etat Partie y dispose de deux représentants : ce sont les ministres en charge de la justice et les ministres en charge de l'économie et des finances.

Nous pouvons relever ici que, la volonté animant la construction du projet de l'OHADA étant marquée par une préférence pour une organisation technique plutôt que politique, le choix a été fait d'associer à la production des normes « législatives » les membres des gouvernements des Etats Parties directement concernés par le droit des affaires⁴¹.

La présidence du Conseil des Ministres est assurée sur la base d'un système de rotation annuelle. En effet, suivant un ordre alphabétique, les Etats Parties assument chacun pendant un an, la présidence du Conseil des Ministres.

³⁸Soit cinq ans après l'apparition de l'institution dans le Traité révisé, et trois ans et demi après l'entrée en vigueur de ce dernier.

³⁹Huit chefs d'Etat sur les dix-sept que compte l'OHADA étaient présents à cette première conférence : Blaise COMPAORE (Président du Burkina Faso), Alassane OUATTARA (Président de la Côte d'Ivoire), Denis SASSOU N'GUESSO (Président du Congo Brazzaville), Thomas BONI YAYI (Président du Bénin), Mahamoudou ISSOUFOU (Président du Niger), Faure GNASSINGBE (Président du Togo), Ibrahim BOUBACAR KEITA (Président du Mali), Michel DJOTODIA (Président autoproclamé, chef d'Etat par transition de la République centrafricaine).

⁴⁰Article 27 du Traité.

⁴¹Il est régulier de voir dans ce type d'organisation régionale, les pays membres être représentés par les membres du gouvernement ayant reçu la charge des affaires étrangères.

Lorsqu'un nouvel Etat adhère à l'organisation, il assume la présidence du Conseil des Ministres pour la première fois après le tour des pays antérieurement signataires. Il est vraisemblable qu'au cours du tour suivant, la règle de la rotation de la présidence par ordre alphabétique retrouve pleine application⁴².

Lorsque plusieurs Etats adhèrent nouvellement à l'organisation au cours d'un même tour, ils assurent la présidence du Conseil des Ministres pour la première fois à l'issue du tour des pays antérieurement signataires, suivant l'ordre chronologique de leurs différentes adhésions.

L'article 27 du Traité prévoit également le cas dans lequel un Etat Partie se trouverait empêché d'exercer la présidence du Conseil des Ministres pendant l'année où celle-ci lui reviendrait. La solution retenue est la désignation, par le Conseil, de l'Etat suivant sur la liste de rotation.

La révision du Traité intervenue le 17 octobre 2008, a permis d'ouvrir la possibilité à l'Etat précédemment empêché, s'estimant désormais en mesure d'assumer la présidence du Conseil, de saisir en temps utile le Secrétariat Permanent à cet effet. Il appartiendra dès lors au Conseil de trancher.

Contrairement à la Conférence des Chefs d'Etat, le Conseil des Ministres est soumis à l'exigence minimale d'une réunion annuelle⁴³.

Le Conseil se réunit également ici à l'initiative de son Président, ou du tiers du nombre d'Etats Parties. La convocation des membres demeurant toujours de la compétence du Président du Conseil.

Attributions. Outre les prérogatives législatives qui sont les siennes, le Conseil des Ministres dispose de prérogatives administratives et réglementaires.

Parmi les prérogatives d'ordre législatif, il est prévu à l'article 11 du Traité que le programme annuel d'harmonisation, établi par le Secrétariat Permanent, doit recevoir l'approbation du Conseil des Ministres.

Cette approbation est obtenue lorsque le programme annuel est soutenu par la majorité absolue des voix des Etats Parties présents et votants. Etant précisé que chaque Etat, disposant pourtant de deux représentants, ne se voit accorder qu'une seule voix⁴⁴.

⁴²L'article 27 du Traité n'est pas ici suffisamment précis, mais c'est le sens que semble nous donner l'interprétation de ses termes.

⁴³Article 28 du Traité.

⁴⁴L'article 30 du Traité prévoit que les décisions du Conseil des Ministres se prennent à la majorité absolue des

L'article 11 du Traité instaure ainsi une nécessaire coopération entre le Conseil des Ministres et le Secrétariat Permanent pour ce qui concerne le choix des matières pour lesquelles des projets d'harmonisation seront lancés, accélérés, ou encore mis en veille.

La seconde prérogative d'ordre législatif est le pouvoir accordé au Conseil des Ministres de délibérer et d'adopter, après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, les Actes Uniformes préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des Etats Parties⁴⁵.

L'adoption des Actes Uniformes est acquise en cas de décision unanime des représentants des Etats Parties⁴⁶. L'abstention d'un ou de plusieurs membres au moment du vote ne fait pas obstacle à l'adoption de l'Acte Uniforme.

Dans l'exercice de ses différentes prérogatives, la représentation d'au moins deux tiers des Etats Parties est indispensable à la validité des décisions⁴⁷.

Le Traité OHADA accorde un pouvoir réglementaire général au Conseil des Ministres et un pouvoir réglementaire spécial dans certaines hypothèses.

Le pouvoir réglementaire général est prévu à l'article 4 du Traité. Il en découle le principe selon lequel lorsqu'en raison d'un vide laissé par le Traité, la nécessité se pose de l'adoption de mesures relatives à son application, il incombe au Conseil des Ministres d'en prendre la responsabilité par voie de règlement.

Le pouvoir réglementaire spécial se rattache principalement à la CCJA, au Secrétariat Permanent et à l'ERSUMA.

D'une part, les articles 19 et 26 du Traité ont mis à la charge du Conseil des Ministres, l'adoption d'un Règlement de procédure de la CCJA et d'un Règlement d'Arbitrage de la CCJA.

Ces deux Règlements ont par exception, conformément aux articles précités, été adoptés selon les mêmes modalités que celles exigées pour l'adoption des Actes Uniformes. Ces Règlements ont respectivement vu le jour le 18 avril 1996 et le 11 mars 1999.

Etats Parties présents et votants, excepté lorsque la décision porte sur l'adoption d'un Acte Uniforme.

⁴⁵Article 6 du Traité OHADA.

⁴⁶Il est intéressant de noter ici que pour l'adoption des Actes Uniformes, est prise en compte l'expression de chacun des membres du Conseil présent (34 potentiels votants), tandis que pour tout autre type de délibération, seule compte l'expression des Etats Parties représentés (17 potentiels votants) ; exception faite des Règlements de procédure et d'arbitrage de la CCJA.

⁴⁷Articles 8 et 28 du Traité.

D'autre part, la détermination de l'organisation et du fonctionnement du Secrétariat Permanent, de même que celle des attributions du Secrétaire Permanent, sont de la compétence du Conseil des Ministres ; compétence exercée au moyen de Règlements.

En outre, le sens à donner à l'ERSUMA a été grandement dévolu au Conseil des Ministres. Celui-ci a été chargé, au regard de l'article 41 du Traité, de prendre des Règlements relatifs à l'organisation, au fonctionnement, aux ressources et aux prestations de l'établissement.

La possibilité lui a aussi été laissée de modifier par Règlement la dénomination et l'orientation de l'ERSUMA.

Par ailleurs, il a été enjoint au Conseil des Ministres, de définir les modalités de contribution annuelle des Etats Parties aux ressources de l'OHADA⁴⁸.

Les prérogatives dites administratives du Conseil des Ministres peuvent être assez diversifiées. Parmi elles, figurent les décisions. Celles-ci peuvent revêtir un caractère individuel, ou une portée plus générale⁴⁹.

Les décisions individuelles concernent surtout les différents pouvoirs de nomination accordés au Conseil des Ministres⁵⁰ : nomination du Directeur Général de l'ERSUMA⁵¹, nomination des juges de la CCJA⁵².

Parmi les autres fonctions du Conseil des Ministres, nous pouvons citer l'adoption du budget annuel de la CCJA et du Secrétariat Permanent, la fixation des cotisations annuelles des Etats Parties, la désignation des commissaires aux comptes chargés de la certification des comptes de l'organisation, ou encore l'approbation des comptes.

Le Secrétariat Permanent. Depuis la révision du Traité du 17 octobre 2008, l'article 40 fait expressément du Secrétariat Permanent, l'organe exécutif de l'OHADA.

Cette institution a à sa tête un Secrétaire Permanent nommé pour quatre ans par le Conseil des Ministres. Son mandat est renouvelable une seule fois.

⁴⁸Article 43 du Traité OHADA.

⁴⁹ J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES-OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant Bruxelles, 2002, P. 156.

⁵⁰Depuis l'entrée en vigueur du Traité révisé, l'article 40 précise la nature de l'acte par lequel la nomination du Secrétaire Permanent intervient. Le choix du Règlement a été fait. Avant cette révision, il était admis que la nomination du Secrétaire Permanent s'effectuait par Décision.

⁵¹Article 41 du Traité OHADA.

⁵²Article 32 du Traité OHADA.

Une fois nommé, le Secrétaire Permanent, dans le respect des critères définis par le Conseil des Ministres, choisit ses collaborateurs.

Dans l'optique de marquer une certaine autonomie du Secrétariat Permanent par rapport aux Etats Parties, ces derniers ne disposent pas de représentant officiel au sein de l'institution.

Le Secrétaire Permanent représente l'OHADA⁵³. A ce titre, le Secrétariat Permanent dispose seul du pouvoir d'engager l'OHADA dans les relations qu'elle entretient avec les tiers. Il a également, seul, la capacité de représenter l'organisation en justice.

Le Secrétariat Permanent a pour principale mission d'assister administrativement les autres organes de l'OHADA. Deux catégories d'attributions peuvent être déterminées ici : les attributions à caractère normatif et les attributions purement administratives.

Les attributions à caractère normatif représentent sans doute la part la plus importante de cette mission d'assistance. Elle est relative à la procédure d'adoption des AU. Non seulement le Secrétariat Permanent propose au Conseil des Ministres le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires⁵⁴, mais il prépare également, en concertation avec les Etats Parties, les projets d'AU⁵⁵. Il les soumet ensuite à la CCJA pour avis, prépare les textes définitifs et en propose l'inscription à l'ordre du jour du Conseil des Ministres⁵⁶.

Les attributions purement administratives témoignent du rôle de plaque tournante du Secrétariat Permanent dans le fonctionnement normal des organes de l'OHADA : le Secrétariat Permanent se charge de la préparation de la Conférence des Chefs d'Etat et de Gouvernement, il propose l'ordre du jour du Conseil des Ministres⁵⁷, il invite les Etats Parties à présenter des candidats pour les postes de juge à la CCJA et dresse la liste alphabétique des personnes présentées⁵⁸, l'ERSUMA est placée sous sa tutelle⁵⁹.

La CCJA. La CCJA est l'institution de l'OHADA ayant reçu la charge d'assurer une interprétation et une application communes des normes édictées par l'OHADA, notamment le Traité, les Règlements, les Actes Uniformes, les Décisions⁶⁰. Cette interprétation du droit

⁵³Article 40 du Traité OHADA suite à la révision du 17 octobre 2008. Les différentes institutions de l'OHADA étaient en concurrence, et pensaient chacune pouvoir agir en son nom propre, pour le compte de l'OHADA

⁵⁴Article 11 du Traité OHADA.

⁵⁵Article 6 du Traité OHADA.

⁵⁶Articles 6 et 7 du Traité OHADA.

⁵⁷Article 29 du Traité OHADA.

⁵⁸Article 33 du Traité OHADA.

⁵⁹Article 41 du Traité OHADA.

⁶⁰Article 14 du Traité OHADA.

uniforme s'opère non seulement par voie contentieuse, mais également par voie consultative. En complément de ces activités judiciaires, la CCJA fait également office de centre d'arbitrage.

La CCJA est composée de neuf juges⁶¹ assistés administrativement d'un greffe.

La cour. Les juges sont désignés parmi les ressortissants des Etats Parties, étant entendu qu'il est nécessaire que tous soient originaires de pays différents.

Seuls les magistrats, les professeurs de droit, et les avocats inscrits au Barreau de l'un des Etats Parties, sont éligibles aux fonctions de juge de la CCJA. Les postulants doivent en outre justifier d'une expérience professionnelle d'au moins quinze ans.

Dans la composition de la Cour, deux tiers des postes sont réservés aux magistrats. Le tiers restant étant prévu pour les professeurs de droit et les avocats.

Les juges sont élus par le Conseil des Ministres pour une durée de sept ans non renouvelable⁶²⁶³. L'article 36 du Traité précise que, pour toute la durée de leur mandat, ils bénéficient d'un principe d'inamovibilité.

Les membres de la Cour élisent un Président et deux vice-Présidents en leur sein, pour une durée de trois ans et demi non renouvelable.

Le Greffe. Le Greffe assume au sein de la CCJA le secrétariat et les différentes charges administratives. Il est dirigé par un Greffier en chef nommé pour sept ans par le Président de la Cour.

Le choix est limité à une liste de personnes présentées par les Etats Parties. Celles-ci doivent justifier d'une expérience professionnelle d'au moins quinze ans dans leurs fonctions.⁶⁴

Le Greffier en chef ne peut être reconduit dans ses fonctions que pour une seule nouvelle période de sept ans⁶⁵.

Un nouveau poste a été créé au sein du Greffe à l'occasion de la révision du Traité de 2008 : celui

⁶¹La révision du Traité intervenue en 2008, en modifiant l'article 31, a fait passer de sept à neuf le nombre de juges. Le Traité révisé laisse d'ailleurs ouverte la possibilité, pour le Conseil des Ministres, de fixer un nombre supérieur de juges en fonction des nécessités du service et des possibilités financières.

⁶²Articles 31 et 32 du Traité OHADA.

⁶³La durée du mandat était de sept ans, renouvelable une seule fois avant la révision du Traité. Cette modification a non seulement l'avantage de faciliter la rotation des postes entre les différents pays, mais également celui de renforcer l'indépendance des juges qui, dans l'exercice de leurs fonctions, n'auront pas à se soucier des conditions d'une éventuelle réélection.

⁶⁴Article 39 du Traité OHADA.

⁶⁵Article 10-1 du Règlement de procédure de la CCJA du 18 avril 1996.

de Secrétaire Général. Nommé par le Président de la Cour, les missions qui lui ont été assignées sont celles d'assister la Cour dans l'exercice de ses attributions d'administration de l'arbitrage.

Prérogatives. La CCJA a été instituée pour faire échec aux différences d'interprétation et d'application du Traité OHADA, des Règlements pris pour son application, ou encore des Actes Uniformes, entre les différents Etats Parties.

Pour remplir cette mission, la CCJA a été érigée en véritable juridiction supranationale. Elle est susceptible d'opérer un contrôle à l'occasion d'une consultation ou à l'occasion d'une procédure contentieuse.

Contrôle consultatif. Le contrôle assuré hors procédure contentieuse par la CCJA a trait aux fonctions consultatives qui sont les siennes. Deux types de contrôles peuvent être ici distingués : ceux qui se rattachent à la procédure d'adoption des Actes Uniformes, ceux qui sont effectués sur saisine.

Le Traité, en son article 7, rend obligatoire la saisine de la CCJA pour avis portant sur les projets d'Actes Uniformes avant adoption par le Conseil des Ministres.

La valeur de cet avis n'a pas été précisée par le Traité. Toutefois, en l'absence de toute sanction pour non-respect de l'avis donné, cet avis peut être considéré comme ayant simple valeur consultative.

Néanmoins, ces avis pourraient servir d'éléments révélateurs de l'interprétation à donner à certains textes.

Par ailleurs, deux catégories de contrôles sur saisine sont à identifier : les saisines effectuées par le Conseil des Ministres ou un Etat Partie, et les saisines effectuées par les juridictions nationales.

L'article 14 al.2 du Traité OHADA accorde aux Etats Parties et au Conseil des Ministres la possibilité de consulter pour avis la CCJA, pour toute question relative à l'interprétation ou à l'application du Traité, des Règlements, des Actes Uniformes ou des Décisions.

Tout comme dans le précédent cas de saisine, la valeur de ces avis n'est pas dévoilée par le Traité. L'absence de sanction nous conduit également à trancher ici en faveur de la valeur consultative.

Les saisines effectuées par les juridictions nationales pour avis relèvent également du second alinéa de l'article 14 du Traité OHADA.

Lorsqu'à l'occasion d'un litige dont elle est saisie, une juridiction nationale rencontre une difficulté d'interprétation ou d'application du droit uniforme, elle peut saisir pour avis la CCJA.

Les précisions quant aux modalités d'application de cette saisine sont absentes des textes. Il serait toutefois adéquat d'appliquer ici les règles découlant normalement du mécanisme de la question préjudicielle.

Par conséquent, l'initiative de la saisine serait fermée aux parties, et réservée aux juridictions. Les juges pourraient soulever la question préjudicielle d'office, ou les parties pourraient en faire la demande aux juges. Ces derniers, suite à la saisine devraient normalement surseoir à statuer jusqu'à ce que la CCJA rende son avis.

Ainsi que nous l'avons évoqué précédemment, les avis de la CCJA peuvent être considérés, en l'absence de sanctions, comme étant simplement consultatifs.

Cependant, différents éléments militent pour que ces avis lient les juridictions nationales. D'une part, cette conséquence est normalement celle attachée au mécanisme de la question préjudicielle. D'autre part, en cas de résistance de la juridiction nationale, un recours en cassation pourrait être formé par les parties au procès devant la CCJA. Il ne fait aucun doute que la décision non conforme de la juridiction nationale encourrait la cassation.

Contrôle en procédure contentieuse. La CCJA, au regard de l'alinéa 3 de l'article 14 du Traité, est compétent pour connaître des litiges soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements.

Son domaine de compétence semble plus limité en matière contentieuse que lorsqu'elle exerce ses fonctions consultatives.

En effet, le Traité et les Décisions ne sont pas évoqués. L'exclusion du Traité peut se justifier par le fait que le Traité organise, d'une part les rapports entre les différents organes de l'OHADA, et d'autre part entre l'Organisation et les Etats Parties. Les parties à une procédure contentieuse seraient donc difficilement intéressées à un litige portant sur un tel sujet⁶⁶.

Quant à l'exclusion des Décisions, leur nature d'acte individuel les fait sortir du domaine de la mission d'harmonisation confiée à la CCJA.

Par ailleurs, sont également exclus du domaine de compétence de la CCJA en matière

⁶⁶ J. ISSA-SAYEGH, J. LOHOUES-OBLE, *OHADA, Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant Bruxelles, 2002, n°438.

contentieuse, toutes les décisions appliquant des sanctions pénales.

Modalités de saisine de la CCJA. La CCJA n'intervient en cas de litige portant sur l'interprétation ou l'application des Règlements ou des Actes Uniformes, qu'en tant que juge de cassation.

Le Traité fait des juridictions des Etats Parties, les juridictions du fond. Ceux-ci sont compétents en première instance et en appel⁶⁷.

La CCJA est donc la juridiction de troisième degré ; excepté lorsqu'elle connaît des décisions non susceptibles d'appel rendues en première instance par les juridictions des Etats Parties⁶⁸.

Cependant, la compétence de la CCJA est exclusive en matière de cassation⁶⁹. Par conséquent, pour l'ensemble du domaine du droit des affaires, envisagé de manière très large d'ailleurs par le droit OHADA, les juges suprêmes nationaux sont privés de leur compétence au profit d'une juridiction supranationale.

Cet abandon de compétence des juridictions nationales est d'autant plus important que la CCJA dispose d'un pouvoir d'évocation. En cas de cassation, elle statue sans renvoi sur le fond⁷⁰.

La CCJA ne disposant pas du pouvoir de s'autosaisir, trois modes de saisine peuvent être distingués : deux sont le fait des parties à l'instance, l'autre relevant des juridictions.

Saisine par les parties. Dans le cadre de la saisine émanant des parties, il est possible d'identifier un contrôle a priori et un contrôle a posteriori.

D'une part, lorsqu'une cour d'appel, ou une juridiction de premier degré pour les décisions insusceptibles d'appel, statue sur une question relative à l'application des Actes Uniformes ou des Règlements, les parties à l'instance ont la faculté de saisir directement la CCJA⁷¹ sans que les juges suprêmes ne soient jamais associés à la procédure.

D'autre part, la saisine de la CCJA par une des parties pourrait intervenir à la suite d'une décision rendue par les juges de cassation nationaux. C'est une procédure visant à faire reconnaître l'incompétence de la juridiction nationale qui a statué en cassation sur le litige, au

⁶⁷Article 13 du Traité OHADA.

⁶⁸Article 14 alinéa 4 du Traité OHADA.

⁶⁹Article 15 du Traité OHADA.

⁷⁰Article 14 *in fine*.

⁷¹Article 15 du Traité OHADA.

profit de la CCJA⁷².

Il est toutefois nécessaire que l'incompétence de la juridiction nationale ait été préalablement soulevée devant celle-ci pour que le recours soit recevable⁷³.

Saisine par les juridictions. Les juridictions nationales, statuant en cassation sur un litige soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes, peuvent lorsqu'elles s'estiment incompétentes, saisir sur renvoi la CCJA pour qu'elle tranche⁷⁴.

La saisine de la CCJA a pour effet de suspendre la procédure de cassation engagée devant la juridiction nationale. Elle ne sera susceptible de reprendre que si la CCJA se déclare incompétente⁷⁵.

Les décisions rendues par la CCJA ont force de chose jugée⁷⁶ sur l'ensemble du champ d'application territorial de l'OHADA, sans qu'aucune procédure nationale en ce sens ne soit nécessaire.

De même ces décisions sont munies de la force exécutoire à la date de leur prononcé, dans les mêmes conditions que les décisions juridiques nationales. Elles sont donc dispensées d'exequatur⁷⁷. Toute décision contraire des juridictions nationales dans une même affaire voit son exécution paralysée par l'arrêt de la CCJA.

L'ERSUMA. L'ERSUMA est un établissement de formation, de perfectionnement et de recherche en droit des affaires⁷⁹.

Elle est un établissement de formation en ce qu'elle a pour mission d'assurer la formation continue des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats Parties à la matière du droit des affaires OHADA.

Cette mission bénéficie également aux universitaires et aux acteurs économiques. En effet, de nombreux stages de formation leur sont ouverts.

⁷²Article 18 du Traité OHADA.

⁷³CCJA, n°009/2003, 24 avril 2003, Affaire Hyjazi Samih c/ Dagier Habib Rolland et Madame Dagher May dite Faghali, Juriscope.org, Ohada.com/Ohadata J-03-195.

⁷⁴Article 15 du Traité OHADA.

⁷⁵Article 16 du Traité OHADA.

⁷⁶L'article 20 du Traité OHADA utilise le terme « autorité de la chose jugée ».

⁷⁷Article 20 du Traité OHADA.

⁷⁸Les sentences arbitrales de la CCJA bénéficient également de l'autorité de la force jugée sur l'ensemble du territoire de l'OHADA, mais leur exécution nécessite une décision préalable d'exequatur (article 25 du Traité OHADA).

⁷⁹Article 41 du Traité OHADA.

Elle est un centre de recherche en ce qu'elle travaille, en lien avec la CCJA et les Etats membres, à l'harmonisation de la jurisprudence OHADA en particulier, et du droit OHADA en général.

Rattachée au Secrétariat Permanent, elle a à sa tête un Directeur Général nommé par le Conseil des Ministres pour un mandat de quatre ans renouvelable une seule fois.

Les sièges des différents organes de l'OHADA ont été fixés à la suite des Arrangements de N'Djamena (Tchad) du 18 avril 1996. Ainsi, le Cameroun abrite le Secrétariat Permanent de l'OHADA, la Côte d'Ivoire accueille la CCJA, et le Bénin, l'ERSUMA.

Au regard de l'article 49 du Traité OHADA, les membres du personnel de tous les organes de l'OHADA bénéficient, dans l'exercice de leurs fonctions, des privilèges et immunités diplomatiques.

II- Première approche du droit OHADA des garanties du crédit

Caractéristiques du droit OHADA. Le droit OHADA, tel qu'il se présente aujourd'hui, se caractérise par sa jeunesse et son étroite proximité avec le système de droit continental.

En effet, la naissance de l'OHADA a eu pour effet d'ouvrir un nouvel espace de lutte d'influence entre les systèmes de Common law et de droit continental. La relation privilégiée qu'entretient la France avec une large majorité d'Etats-Membres de l'OHADA a permis au système de droit continental de prendre le pas sur le système de Common law.

Les AU adoptés par le législateur OHADA, nous l'avons précédemment souligné, trouvent principalement leur inspiration dans le droit français. Cette réalité se vérifie parfaitement en matière de droit des garanties du crédit. Les dispositions contenues dans l'AUS initial étaient déjà particulièrement proches des textes du Code civil français relatifs au droit des sûretés. A la suite de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, elles ne s'en sont pas écartées. Au contraire, elles s'en sont à nouveau rapprochées, du fait de l'intégration de la plupart des modifications intervenues en droit français à l'occasion de la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006. Ce nouveau rapprochement s'est réalisé d'autant plus aisément que, l'équipe d'experts ayant élaboré les nouveaux textes de l'AUS, était dirigée par M. P. CROCQ, membre de la Commission GRIMALDI, à l'origine du texte de réforme du droit des sûretés français.

Par ailleurs, en raison de sa naissance récente, le droit OHADA, en s'inspirant du droit français, a globalement tenu compte des difficultés d'ordre pratique soulevées par certaines normes, et a

fait l'effort d'intégrer dans les textes, les différentes évolutions jurisprudentielles françaises. Ce constat est néanmoins un peu moins vrai pour ce qui est des modifications apportées lors de la réforme de l'AUS de 2010, en raison notamment du caractère limité du délai séparant cette réforme de la réforme du droit français qui l'a inspirée.

Le revers de cette jeunesse réside cependant dans les incertitudes liées à l'interprétation qu'auront des textes, les juges de la CCJA. Le nombre de leurs décisions, particulièrement en matière de droit des garanties du crédit reste bien maigre. L'agencement entre les dispositions des différents AU reste à construire, et il est bien difficile de déterminer les solutions à apporter aux conflits naissant de normes d'AU distincts.

Les AU, dans un contexte différent de celui des textes qui les ont inspirés, pourraient, dans le cadre de leur interprétation, être fortement influencés par les réalités dans lesquelles ils viennent s'inscrire. Les dispositions de l'AUS n'y échapperont sans doute pas.

Définition de la notion de sûreté. Le législateur, en Droit OHADA, s'est risqué à donner une définition textuelle à la notion de sûreté. Celle-ci n'est toutefois pas restée la même depuis l'entrée en vigueur de l'AUS initial⁸⁰.

En effet, l'AUS a fait l'objet d'une réforme le 15 décembre 2010 à Lomé, au Togo⁸¹. Cette revisite des textes a été l'occasion pour le législateur OHADA d'attacher à la notion de sûreté un sens plus précis.

Au regard de l'article 1^{er} de l'AUS initial, les sûretés pouvaient être considérées comme des « moyens accordés au créancier par la loi ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations⁸². »

Le nouvel article 1^{er} de l'AUS envisage la notion de sûreté comme étant « 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».

⁸⁰ L'Acte Uniforme portant organisation des Sûretés (AUS) a été adopté le 17 avril 1997 et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1998.

⁸¹ L'AUS réformé, publié au Journal Officiel de l'OHADA du 15 février 2011, est entré en vigueur le 16 mai 2011..

⁸² Art 1^{er} AUS du 17 avril 1997 : « Les sûretés sont les moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci. »

Une vision conceptuelle ou fonctionnelle ? Il ne fait pas de doute que le législateur OHADA, dans l'AUS initial, avait fait le choix de donner à la notion de sûreté, un sens conforme à sa conception dite fonctionnelle ou pragmatique.

Deux conceptions s'affrontent en général lorsqu'il s'agit de définir la notion de sûreté : l'une est dite conceptuelle, l'autre est dite fonctionnelle.

La seconde est assez large, et associe indifféremment les termes de sûreté et de garantie. La première est plus restrictive, et s'attache à faire reconnaître la spécificité des sûretés au sein même des garanties.

Selon la conception dite fonctionnelle, tous les procédés qui tendent directement à la garantie de l'exécution des obligations, peu important qu'ils aient, dans des circonstances différentes, d'autres fonctions, sont des sûretés⁸³.

Selon la thèse dite conceptuelle, seuls certains mécanismes de garantie peuvent recevoir la qualification de sûreté. Trois critères sont déterminants ici à cette qualification. Ils sont fonction de la finalité du mécanisme, de son effet, et de sa technique.

Une sûreté doit ainsi, cumulativement, améliorer la situation du créancier sans l'enrichir, avoir pour effet de satisfaire le créancier et d'éteindre la dette, être un accessoire du droit de créance⁸⁴.

La nouvelle définition des sûretés prévue à l'article 1^{er} de l'AUS semble se situer à la croisée des chemins entre la conception dite conceptuelle et la conception dite fonctionnelle.

En effet, si la technique de l'accessoire semble bien être présente dans cette définition⁸⁵, la finalité et les effets envisagés par la thèse conceptuelle ne semblent pas y être une exigence préalable à la reconnaissance de la qualité de sûreté.

Par conséquent, nous pouvons dire que sans être aussi étroite que le sens que lui accorde la thèse conceptuelle, la définition des sûretés par le droit OHADA n'en est pas pour autant aussi large que celle que lui attribue la conception fonctionnelle.

Au-delà de la conception que nous pourrions avoir de la notion de sûreté, s'impose le sujet de l'efficacité des différentes garanties envisagées au sein du Droit OHADA.

⁸³ Sur la notion de sûretés, voir notamment : P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés - La publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} édition, n° 9.

⁸⁴ L. AYNES, P. CROCQ, *Les sûretés - La publicité foncière*, Defrénois, 7^{ème} édition, n° 2.

⁸⁵ Cette analyse est confirmée à l'article 2 de l'AUS. Celui-ci dispose : « Sauf disposition contraire, du présent Acte uniforme, les sûretés qu'il régit sont accessoires de l'obligation dont elles garantissent l'exécution. »

Efficacité de la règle de droit. L'efficacité d'une règle de droit pourrait s'entendre de l'aptitude réelle qu'elle a à réaliser l'objectif pour lequel elle a été élaborée⁸⁶. Elle ne peut véritablement s'apprécier qu'une fois que la règle de droit a été soumise à l'épreuve de l'expérience. Cette étape est en effet nécessaire à l'appréciation de l'adéquation entre les objectifs assignés, et les effets réalisés.

Efficacité des garanties. Concernant les mécanismes de garanties du crédit, nous pourrions effectuer une distinction entre une efficacité appréciée d'un point de vue objectif, et une efficacité évaluée d'un point de vue subjectif.

D'un point de vue objectif, l'efficacité de la garantie s'appréciera sur la base de sa capacité à réaliser sa fonction, consistant en la préservation des intérêts financiers du créancier bénéficiaire ; lui évitant toute perte financière à l'épuisement des effets de l'opération conclue. L'objectif assigné à la garantie pourrait être accompli du seul fait de sa constitution, ou de sa réalisation.

D'un point de vue subjectif, l'efficacité de la garantie s'appréciera en fonction des attentes propres à chaque créancier au moment du choix de la garantie correspondant à sa situation. Ces attentes du créancier pourraient être relatives aux contraintes associées à la constitution ou à la réalisation de la garantie, au coût que représente sa protection, ou à une finalité particulière qu'il assigne à la garantie.

Efficacité et effectivité du droit. La question de l'efficacité du droit ne peut être abordée sans que l'on ne puisse s'interroger sur son effectivité. Une règle est dite effective lorsque constat est fait de son application. L'effectivité d'une règle de droit peut être doublement perçue : sur un plan institutionnel, et sur un plan social.

D'un point de vue institutionnel, l'effectivité de la règle de droit s'apprécie au regard de l'application qui en est faite par les organes chargés de contrôler et de sanctionner sa mise en œuvre, c'est-à-dire principalement les tribunaux.

En effet, il n'est pas impossible que consécutivement à une évolution de la société, les tribunaux estiment inopportun de sanctionner le non-respect d'un certain nombre de règles de droit impératives devenues inadaptées. Cette situation s'apparente dès lors à une forme de désuétude de la règle de droit.

⁸⁶ A-J. ARNAUD, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

Il n'est pas non plus, impossible que face à une règle nouvelle, les tribunaux fassent preuve d'une certaine résistance, et continuent d'appliquer la règle ancienne au détriment de la nouvelle.

D'un point de vue social, l'effectivité de la règle de droit s'apprécie au regard de sa réalisation dans les pratiques sociales. On ne parlera d'effectivité ici que si la conduite humaine présente une conformité suffisante avec les normes juridiques impératives édictées.

Le rejet ou l'accueil favorable de la règle de droit par les individus auxquels elle est destinée, est généralement fonction de son adéquation au contexte dans lequel elle est censée s'épanouir. L'inaptitude d'une règle de droit à se fondre au sein d'une société est un marqueur du phénomène que Jean CRUET appelait « l'impuissance des lois »⁸⁷.

Effectivité et Droit OHADA. En ce qui concerne les règles du Droit OHADA en général, et celles du Droit OHADA des garanties personnelles et réelles en particulier, leur naissance récente nous oblige à envisager la question de leur effectivité sur le plan de « l'impuissance des lois » plutôt que sur celui de la désuétude de la règle de droit.

D'un point de vue institutionnel, nous pouvons constater une certaine réticence de nombreux tribunaux à appliquer des règles de droit impératives mises en place avec l'entrée en vigueur des différents Actes Uniformes, et notamment l'AUS.

D'un point de vue social, nous pouvons distinguer deux types d'attitudes attribuables à trois catégories différentes de personnes : d'une part celle des entreprises du secteur dit formel, et d'autre part celle des entreprises du secteur dit informel et des consommateurs.

Tandis que les entreprises du secteur dit formel s'évertuent à se conformer aux normes nouvellement imposées par le Droit OHADA, les entreprises du secteur dit informel et les consommateurs semblent être difficilement perméables à ces nouvelles règles de droit.

Ces tendances ont une incidence importante sur la pratique des garanties personnelles et réelles au sein des Etats Membres de l'OHADA.

En effet, nous pouvons constater que lorsque les établissements de crédit classiques, principaux pourvoyeurs en financement des entreprises du secteur dit formel, mettent scrupuleusement en œuvre l'AUS, les établissements de microfinance, fournisseurs en crédits des entreprises du

⁸⁷ Jean CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908.

secteur dit informel et des consommateurs inéligibles aux conditions posées par les établissements de crédit classiques, s'en écartent régulièrement.

Plan. L'étude des sûretés *lato sensu* laisse apparaître une interactivité très importante avec plusieurs autres matières du droit. Cette interactivité joue un rôle non négligeable dans la capacité des mécanismes de garantie à remplir leur fonction ; c'est-à-dire à éviter une perte pécuniaire au créancier. L'appréciation de l'efficacité des garanties du crédit dans le Droit OHADA nécessite par conséquent que, consécutivement à l'analyse du contenu de l'AUS, plutôt satisfaisant (PARTIE I), en plus des facteurs contextuels pouvant affecter cette efficacité, nous nous intéressions aux autres Actes Uniformes et matières non-harmonisées avec lesquels l'AUS interagit, révélant les insuffisances du législateur OHADA (PARTIE II).

PARTIE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS ENDOGENES A L'AUS

Summa divisio. Les garanties du crédit font classiquement l'objet d'une classification en deux grandes catégories : les garanties personnelles et les garanties réelles. Les premières se caractérisent principalement par l'extension du droit de gage général⁸⁸ du créancier suite à l'adjonction au patrimoine du débiteur principal, d'un ou plusieurs autres patrimoines. Les secondes sont quant à elles principalement marquées par l'attribution au créancier d'un droit préférentiel sur un ou plusieurs biens appartenant au débiteur.

L'AUS a été conçue sur la base de cette distinction. Cette logique, nous la ferons nôtre en appréciant l'efficacité des garanties personnelles d'une part, qui se révèle globalement satisfaisante (TITRE I), et l'efficacité des garanties réelles d'autre part, pour lesquels les motifs de satisfaction sont encore plus importants (TITRE II).

⁸⁸ Le droit de gage général désigne le « pouvoir que tout créancier tient de la loi sur l'ensemble des biens de son débiteur, grâce auquel le paiement peut être poursuivi par la saisie de l'un quelconque des éléments du patrimoine de l'obligé. » T. DEBARD, S. GUINCHARD, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2014.

TITRE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES GARANTIES PERSONNELLES

Définition des sûretés personnelles. Le législateur, en droit OHADA, s'est également attelé à donner aux sûretés personnelles une définition précise. Celles-ci « 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 garantie⁸⁹. »

Pourtant, seules deux sûretés personnelles font l'objet d'une réglementation stricte de la part du droit OHADA. Ce sont : le cautionnement et la garantie autonome^{90 91}. Cela n'exclut en principe pas pour autant la possibilité de reconnaître la qualité de sûreté personnelle à d'autres mécanismes de garantie accessoires, adjoignant au débiteur une personne obligée pour ce dernier à l'égard du créancier⁹².

Mais au regard du caractère limitatif de cette définition, à laquelle ne semblent correspondre que le cautionnement et la garantie autonome, aucune autre garantie ne saurait a priori être rangée dans une catégorie distincte, rassemblant des sûretés personnelles innomées⁹³ du droit OHADA. Il ne sera donc fait de distinction au sein des garanties personnelles du droit OHADA, qu'entre les garanties personnelles nommées que sont le cautionnement, la garantie autonome et la contre-garantie autonome, et les garanties personnelles innomées.

Nous évaluerons leur efficacité au travers des règles prévalant à leur constitution (CHAPITRE I) et à leur réalisation (CHAPITRE II).

⁸⁹ Article 4 alinéa 1^{er} de l'AUS

⁹⁰ Article 12 de l'AUS

⁹¹ Au regard de l'article 39 de l'AUS, la garantie autonome se subdivise en deux types de garanties: la garantie autonome proprement dite, et la contre-garantie autonome.

⁹² Le Droit OHADA, par le biais de l'article 4 alinéa 2 de l'AUS, écarte toute possibilité de constituer une sûreté réelle autre que l'une de celles qui sont réglementées par ses textes. Cette limite n'est pas posée pour ce qui concerne les sûretés personnelles. Ce qui laisse comprendre que la liste des sûretés personnelles envisagée par l'AUS n'est pas limitative.

⁹³ Ce terme désigne ici les mécanismes juridiques pouvant être qualifiées de sûretés personnelles au sens du Droit OHADA, mais ne faisant l'objet d'aucun régime légal spécifique, et soumis ainsi aux règles du droit commun des obligations.

CHAP I : FORMATION DES GARANTIES PERSONNELLES

Premières vues. Le droit OHADA régleme deux types de garanties personnelles : le cautionnement d'une part, la garantie autonome et la contre-garantie autonome d'autre part⁹⁴. Si certaines normes entourant la formation de ces garanties sont favorables à leur efficacité (SECTION I), d'autres y sont défavorables (SECTION II).

SECTION I : ELEMENTS D'EFFICACITE

Plan. Au regard de l'importance des spécificités propres à la formation de chacune des garanties personnelles spécialement réglementées par le droit OHADA, le choix sera fait ici d'analyser de façon distincte les facteurs d'efficacité des règles de formation du cautionnement (§1) et les facteurs d'efficacité des règles de formation de la garantie autonome et de la contre-garantie autonome (§2).

§1- Cautionnement

Définition. Le cautionnement est défini à l'article 13 al.1^{er} de l'AUS comme étant « un contrat par lequel la caution s'engage envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ».

L'analyse de l'efficacité du cautionnement passe par un regard approfondi sur ses modalités (I) et sur ses conditions de formation *stricto sensu* (II).

I- Efficacité favorisée sur le plan des modalités du cautionnement

Plan. Les règles particulières au droit OHADA pour ce qui touche aux modalités du cautionnement sont dans l'ensemble favorables à une meilleure efficacité de cette garantie.

⁹⁴ Art 12 de l'AUS : « les sûretés personnelles régies par le présent Acte uniforme sont le cautionnement et la garantie autonome ». Le terme « garantie autonome » désigne ici à la fois la garantie autonome et la contre-garantie autonome. Un choix qui a sans doute été motivé par l'identité de régime de ces deux formes de garanties.

Cette tendance se vérifie quant à l'importance donnée à la solidarité dans le cautionnement (A), quant à la réglementation du cautionnement omnibus (B), et quant à l'admission de la certification de caution (C).

A- La valorisation de la solidarité

Plan. Le Droit OHADA fait, contrairement au droit français, du cautionnement solidaire le principe (1), et du cautionnement simple l'exception (2).

1- Le cautionnement solidaire : le principe

Principe faiblement limité. Le Droit OHADA, par le biais de l'article 20 de l'AUS, pose le principe selon lequel la seule conclusion d'un contrat de cautionnement fait naître une solidarité⁹⁵ entre la caution et le débiteur principal⁹⁶.

Les effets de cette solidarité sont assez significatifs (a). Le législateur communautaire y a toutefois apporté quelques limites (b).

a- Portée du principe de solidarité

Effets. Le principe de solidarité a normalement pour effet d'écarter, au détriment de la caution, aussi bien le bénéfice de discussion⁹⁷ que le bénéfice de division⁹⁸ classiquement accordés à toute personne s'engageant en qualité de caution à l'égard d'un créancier.

⁹⁵ On distingue la solidarité passive de la solidarité active. On parle de solidarité passive lorsqu'un « créancier peut exiger de l'un quelconque de ses débiteurs, le paiement de la totalité de sa créance ». On parle de solidarité active « lorsque l'un quelconque des créanciers d'un même débiteur peut exiger de ce dernier le paiement de la totalité de la dette, sans avoir reçu mandat des autres ». T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2014.

⁹⁶ Article 20 alinéa 1^{er} de l'AUS : « le cautionnement est réputé solidaire. »

⁹⁷ Le bénéfice de discussion permet à la caution appelée en garantie, de contraindre le créancier à procéder aux mesures d'exécution en priorité à l'encontre du débiteur principal. Ce n'est qu'en cas d'insolvabilité du débiteur principal, que le créancier pourra poursuivre les biens de la caution.

⁹⁸ Le bénéfice de division permet, en cas de pluralité de cautions, à la caution assignée par le créancier, d'imposer une division des poursuites entre toutes les cautions. Chacune des cautions ne pourra alors être poursuivie que pour une part de la dette. Sauf clause contraire, la division sera faite par parts viriles.

L'article 26 de l'AUS précise d'ailleurs dans son premier alinéa que la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal, et la caution solidaire est tenue dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire de droit commun⁹⁹.

Par conséquent, il serait possible d'attacher au cautionnement de droit commun en droit OHADA, les effets principaux et secondaires dévolus à la solidarité.

Effets principaux. Le premier de ces effets principaux est la possibilité qu'a le créancier de demander directement paiement de la totalité de la dette à la caution, ou à l'une des cautions en cas de pluralité de cautions. Le créancier pouvant poursuivre simultanément ou successivement la caution ou les cofidélusés et le débiteur principal.

Le paiement fait par la caution, ou l'une des cautions, aura pour effet de libérer le débiteur principal et les éventuels cofidélusés, à hauteur du montant versé.

L'autre de ces effets principaux est la possibilité qu'a la caution, ou l'une des cautions, d'opposer au créancier toutes les exceptions qui ne sont pas purement personnelles au débiteur¹⁰⁰.

Effets secondaires. En ce qui concerne les effets secondaires de la solidarité, l'on pourrait admettre que l'interruption de la prescription contre l'un des débiteurs (principaux ou accessoires), suite à la reconnaissance de la dette ou à l'engagement de poursuites contre lui, vaille interruption de la prescription contre tous.

Il ne serait pas non plus choquant qu'en cas de mise en demeure adressée par le créancier à l'un des codébiteurs solidaires, les effets produits le soient à l'égard de tous¹⁰¹.

Limites quant à la portée de la solidarité. Toutefois, le législateur OHADA a tenu à limiter la portée de la solidarité qu'implique le contrat de cautionnement de droit commun. En effet, l'AUS en son article 28 al. 1^{er} précise qu'en cas de pluralité de cautions pour une même dette, il n'existe de solidarité entre elles que si celle-ci a été expressément stipulée¹⁰².

⁹⁹ Article 26 alinéa 1^{er} de l'AUS : « la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal. La caution solidaire est tenue de l'exécution de l'obligation principale dans les mêmes conditions qu'un débiteur solidaire sous réserve des dispositions particulières du présent Acte uniforme.

¹⁰⁰ Chacun des débiteurs (principaux ou accessoires) aura la possibilité d'opposer au créancier les exceptions qui lui sont personnelles (incapacité, vices du consentement, compensation avec une créance qu'il aurait contre le créancier), et les exceptions qui sont inhérentes à la dette (paiement, remise de dette, prescription, illicéité de l'objet ou de la cause...).

¹⁰¹ Date de déclenchement des intérêts moratoires notamment.

¹⁰² Article 28 alinéa 1^{er} : « s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune d'elles peut, sur premières

Le bénéfice de division demeure donc dans le cautionnement OHADA de droit commun, une des prérogatives des cofidésseurs. Le créancier aurait ainsi tout intérêt à prévoir dans le contrat de cautionnement, en cas de pluralité de cautions, une clause en vertu de laquelle celles-ci renonceraient au bénéfice de division, ou encore s'engageraient solidairement non-seulement à l'égard du débiteur principal, mais également à l'égard des éventuelles autres cautions.

Le législateur OHADA a également souhaité limiter la solidarité dans ses effets.

b- Limites posées aux effets de la solidarité

L'exigence d'une mise en demeure du débiteur. Le créancier qui souhaite poursuivre une caution, même solidaire, est soumis à quelques contraintes procédurales préalables. Il doit d'abord adresser une mise en demeure de payer au débiteur principal. Ce n'est que dans l'hypothèse où le débiteur n'y ferait pas favorablement suite que le créancier pourrait envisager d'engager des poursuites à l'encontre de la caution¹⁰³.

Cette exigence permet au créancier d'attester légalement de la défaillance du débiteur principal, et rappelle le caractère subsidiaire qu'on associe à l'engagement de la caution. C'est d'ailleurs ce que rappelle la chambre civile et commerciale de la Cour d'appel de Ouagadougou (Burkina Faso)¹⁰⁴ par une décision du 18 avril 2003, lorsqu'elle estime que « l'engagement de la caution revêt un caractère subsidiaire car celle-ci ne peut être poursuivie qu'en cas de défaillance avérée du débiteur principal.¹⁰⁵ »

L'information de la caution. La caution doit être informée de la défaillance du débiteur. Aucune exigence de forme n'étant posée quant à l'accomplissement de cette formalité, celle-ci peut être effectuée par tout moyen.

poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée.»

¹⁰³ Article 23 alinéas 1 et 2 : « la caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement du débiteur principal. Le créancier ne peut entreprendre de poursuites contre la caution qu'après une mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet. »

¹⁰⁴ Au titre de l'article 13 du Traité OHADA, les juridictions nationales jouent le rôle de juridictions du fond dans l'organisation juridictionnelle au niveau communautaire : « Le contentieux relatif à l'application des Actes Uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties ».

¹⁰⁵ CA Ouagadougou, ch. Civ. & com., n° 32, 18-04-2003 : Banque Commerciale du Burkina c./ Air Ivoire, Ohadata J-09-10.

Une fois cette obligation remplie, il n'est pas nécessaire que la caution fasse l'objet d'une mise en demeure pour que des poursuites à son encontre soient valablement engagées¹⁰⁶.

La mise en cause du débiteur. En outre, le législateur limite les effets de la solidarité en imposant au créancier, lorsqu'il poursuit la caution, simple ou solidaire, d'appeler en cause le débiteur principal¹⁰⁷. Le non-respect de cette formalité est source de vice de procédure¹⁰⁸.

Cette mise en cause a l'avantage de permettre à la caution de prendre connaissance des exceptions que pourrait soulever le débiteur principal, et d'en bénéficier. La caution pourrait également profiter de cette instance pour actionner le débiteur principal en paiement.

2- Le cautionnement simple : l'exception

La rarification du cautionnement simple. Du cautionnement simple, l'on pourrait dire qu'il est une espèce en voie de disparition. Dans le monde des affaires, les créanciers professionnels prévoient quasi-systématiquement une clause de solidarité ou de renonciation aux bénéfices de discussion et de division dans les contrats de cautionnement.

En droit OHADA, le cautionnement n'est simple que si une clause du contrat le prévoit expressément. En effet, rappelons que le cautionnement est réputé avoir été souscrit solidairement.

Dans les législations qui posent le principe du cautionnement simple, les créanciers soumettent généralement leur accord à l'opération principale, à l'inclusion d'une clause de solidarité ou de renonciation aux bénéfices de discussion et de division de la caution.

¹⁰⁶ Le Cour d'appel de Ouagadougou, par un arrêt du 3 décembre 2010, retient que le défaut de mise en demeure faite à la caution ne peut avoir pour effet de rendre inexigible la créance de la banque à l'égard des cautions (CA Ouagadougou, Ch. Com., n° 83, 3-12-2010 : Sté RAWANI International, B. B. S., A. F. c./ BICIA-B, Ohadata J-12-189). Le TGI du Wouri (Cameroun) avait déjà rendu une décision allant dans le même sens le 3 février 2005. Il ressortait de sa décision que l'article 13 (devenu depuis la réforme du 15 décembre 2010 l'article 23) de l'AUS « impose simplement au créancier d'aviser la caution de toute défaillance du débiteur. L'argument selon lequel le créancier aurait dû lui adresser une mise en demeure préalable n'est pas fondé. » (TGI du Wouri, n° 287, 3-2-2005 : SRC c. / N. T. J., Ohadata J-12-216).

¹⁰⁷ Article 26 alinéa 2 de l'AUS : « Toutefois, le créancier ne peut poursuivre la caution simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal. »

¹⁰⁸ La Cour d'appel d'Abidjan (Côte d'Ivoire), par un arrêt du 27 juillet 2001, déclare que : « le créancier qui a engagé des poursuites contre des cautions, sans appeler en la cause la débitrice principale a vicié la procédure de recouvrement simplifiée de créance. Le tribunal saisi de l'opposition formée par les cautions dans ces conditions doit mettre à néant l'ordonnance d'injonction de payer condamnant lesdites cautions (CA Abidjan, n° 1070, 27-7-2001 : T. G. et T. A. c./ BICICI, Ohadata J-02-194).

Il serait donc difficile d'imaginer sous l'égide du droit OHADA un créancier, qu'il soit professionnel ou non, se priver d'une garantie supplémentaire de satisfaction en accordant à la caution un bénéfice de discussion, ou en écartant la solidarité. Le législateur OHADA semble avoir accéléré la disparition du cautionnement simple.

Les restrictions apportées au bénéfice de discussion. Pour les cas, certainement rares, de cautionnement simple, le droit OHADA envisage des conditions rigoureuses de mise en œuvre du bénéfice de discussion au détriment de la caution, et à l'avantage du créancier.

En effet, deux conditions rigoureuses sont prévues par l'AUS en son article 27 al. 1^{er}¹⁰⁹ ¹¹⁰.

D'une part la caution doit indiquer au créancier, dès les premières poursuites dirigées contre elle, les biens du débiteur susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national, en apportant la preuve que ceux-ci sont susceptibles de produire suffisamment de deniers pour couvrir l'intégralité de la dette.

D'autre part, la caution se doit d'avancer au créancier une somme suffisante pour les frais de discussion. A défaut, cette somme devra être consignée.

Une fois ces conditions remplies, en cas de défaut de poursuite du créancier contre les biens du débiteur, l'insolvabilité ultérieure de ce dernier ne portera pas préjudice à la caution. Car celle-ci sera déchargée de sa dette à hauteur de la valeur des biens qu'elle aura désignés au créancier¹¹¹.

Effets limités du bénéfice de division. En ce qui concerne le bénéfice de division, nous avons précédemment évoqué le fait qu'en dépit de la présomption de solidarité du cautionnement

¹⁰⁹ Article 27 alinéa 1^{er} de l'AUS : « la caution judiciaire et la caution solidaire ne disposent pas du bénéfice de discussion. La caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal, en indiquant les biens de ce dernier susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national et de produire des deniers suffisants pour le paiement intégral de la dette. Elle doit en outre avancer les frais de discussion ou consigner la somme nécessaire arbitrée par la juridiction compétente à cet effet. »

¹¹⁰ L'article 27 alinéa 1^{er} de l'AUS est profondément inspiré de l'article 2300 du code civil français : « La caution qui requiert la discussion doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et indiquer les deniers suffisants pour faire la discussion. Elle ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale (hors du ressort de la Cour d'appel) du lieu où le paiement doit être fait, ni des biens litigieux, ni ceux hypothéqués à la dette qui ne sont plus en possession du débiteur ».

¹¹¹ Article 27 alinéa 2 : « lorsque la caution a fait l'indication des biens et fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable, à l'égard de la caution, de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par le défaut de poursuites. »

OHADA de droit commun, il demeure une prérogative dévolue aux cofidésusseurs. Cette exception doit cependant, pour jouer, être soulevée par la caution lorsqu'elle est actionnée¹¹².

Lorsque la caution invoque le bénéfice de division, elle ne supporte plus le risque d'insolvabilité des autres cautions¹¹³. Toutefois, si l'un des cofidésusseurs devient insolvable avant que la division n'ait été demandée, les autres cautions doivent assumer la charge de cette insolvabilité. Par contre, si l'un des cofidésusseurs devient insolvable après que la demande de division ait été faite, la charge de l'insolvabilité repose sur le créancier.

Le créancier doit par ailleurs veiller à ne pas diviser volontairement son action. Cette décision serait irrévocable et il assumerait la charge de l'éventuelle insolvabilité des cautions qu'il aura poursuivies¹¹⁴.

B- La réglementation du cautionnement omnibus

Notion. La notion de cautionnement omnibus renvoie à l'engagement pris par un tiers de garantir l'ensemble des dettes présentes et à venir d'un débiteur à l'égard d'un créancier. Ce type d'engagement n'ayant pas été expressément prévu par le code civil français, sa validité a été affirmée par la jurisprudence¹¹⁵, qui s'est par ailleurs progressivement chargée d'en fixer les limites.

Le législateur OHADA, se libérant dans une certaine mesure de l'incertitude, et donc de l'insécurité pouvant être liée aux constructions jurisprudentielles, a fait le choix de réglementer le cautionnement omnibus.

En effet, il prévoit à l'article 19 de l'AUS¹¹⁶, un ensemble de conditions auxquelles un cautionnement omnibus devrait se conformer pour être valablement constitué. Il ferme

¹¹² Article 28 alinéa 1^{er} préc.

¹¹³ Article 28 alinéa 2 : « La caution ne répond pas des insolvabilités des autres cautions survenues après la division. »

¹¹⁴ Article 28 alinéa 3 : « Le créancier qui divise volontairement son action ne peut revenir sur cette division et supporte l'insolvabilité des cautions poursuivies sans pouvoir la reporter sur les autres cautions. »

¹¹⁵ Com. 22 février 1994, Bull. civ. IV, n° 68 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de ses constatations que les époux X... s'étaient portés cautions de l'ensemble des obligations futures de la société SDL envers la société Calif et qu'un tel engagement n'est pas nul pour indétermination de son objet, quand bien même le montant de ces obligations n'aurait pas été chiffré à la date de sa souscription, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

¹¹⁶ Article 19 de l'AUS : « le cautionnement général des dettes du débiteur principal, sous la forme d'un cautionnement de tous engagements, du solde débiteur d'un compte-courant ou sous toute autre forme, ne s'entend, sauf clause contraire expresse, que de la garantie de dettes contractuelles directes. Il doit être conclu,

notamment la possibilité de conclure un cautionnement omnibus indéfini (1), mais aménage une faculté de renouvellement (2).

1- Limites au cautionnement omnibus

Créances concernées. Il est à noter dans un premier temps que le Droit OHADA, par le biais du premier alinéa de l'article 19 de l'AUS, assimile, concernant le régime qui leur est applicable, le cautionnement de tous engagements du débiteur¹¹⁷ au cautionnement du solde débiteur d'un compte-courant. Ces deux formes d'engagements sont d'ailleurs pareillement assimilées dans le droit français relatif au cautionnement¹¹⁸.

En principe, la conclusion d'un contrat de cautionnement omnibus permet seulement de couvrir les dettes contractuelles et directes¹¹⁹ du débiteur principal.

Ainsi, conformément à ce qui se pratique en droit français¹²⁰, les dettes dont la source est de nature délictuelle, civile ou non, ne sont en principe pas garanties par un cautionnement omnibus classique en Droit OHADA.

sous peine de nullité, pour une somme maximale librement déterminée entre les parties, incluant le principal, les intérêts et autres accessoires.

Le cautionnement général peut être renouvelé lorsque la somme maximale est atteinte. Le renouvellement doit être exprès ; toute clause contraire est réputée non écrite. Il peut être révoqué, à tout moment, par la caution avant que la somme maximale n'ait été atteinte. Tous les engagements du débiteur garanti nés avant la révocation restent garantis par la caution.

Sauf clause contraire, le cautionnement général ne garantit pas les dettes du débiteur principal antérieures à la date du cautionnement. »

¹¹⁷ Le choix des expressions « cautionnement général des dettes du débiteur principal » et « cautionnement de tous engagements », pourrait laisser supposer que le Droit OHADA admet la validité du cautionnement de tous les engagements présents et futurs d'un débiteur à l'égard de l'ensemble de ses créanciers potentiels. Toutefois, outre le fait que le texte semble s'inscrire dans une relation contractuelle bilatérale impliquant la caution et un créancier préalablement déterminé, une telle approche ne serait pas conforme à la définition que donne du cautionnement l'article 13 de l'AUS. Cette position serait par ailleurs similaire à celle du Droit français dont l'AUS s'inspire principalement.

¹¹⁸ P. Simler, P. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^e éd., n° 124.

¹¹⁹ Art. 19 al. 1^{er} de l'AUS.

¹²⁰ Cass. Com., 26 juin 2001, n° 97-11.914 : « Mais attendu que loin de décharger la caution d'un engagement dont elle était tenue ou d'allouer des dommages-intérêts puis de prononcer leur compensation avec une créance de la banque, l'arrêt relève que les sommes litigieuses demandées par la banque, dont celle de 296 500 francs, le sont au titre de fausses traites et de lettres de change de complaisance et non causées, faits pour lesquels la dirigeante de la société a été condamnée pénalement ; que l'arrêt en déduit que ces créances avaient une origine délictuelle et retient souverainement que le cautionnement n'a pas été consenti en garantie de dettes de cette nature ; que la cour d'appel ayant ainsi légalement justifié sa décision, le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ».

Il en est de même pour les dettes indirectes telles que celles qui sont dues par le débiteur principal suite à l'engagement de garantir le paiement d'une créance par un autre débiteur.

En outre, l'article 19 de l'AUS en son dernier alinéa précise que le cautionnement omnibus ne garantit que les dettes du débiteur principal qui naissent après la souscription du contrat de cautionnement.

Néanmoins, les conditions relatives aux types de créances couvertes par le cautionnement omnibus ne sont pas d'ordre public, l'article 19 de l'AUS envisageant la possibilité d'y déroger par convention. Il est par conséquent tout à fait possible de conclure en Droit OHADA, un contrat de cautionnement omnibus couvrant des dettes contractuelles et extracontractuelles, directes et indirectes, antérieures et postérieures à la date de souscription.

Neutralisation du cautionnement omnibus indéfini. La poursuite de l'analyse de l'article 19 de l'AUS nous permet de constater qu'il est impossible en Droit OHADA de conclure un contrat de cautionnement omnibus indéfini.

La notion de cautionnement indéfini figure à l'article 2293 du Code civil français¹²¹. Elle renvoie à l'idée selon laquelle « la caution s'engage dans les mêmes termes que le débiteur principal, sans limitation par rapport à l'obligation de celui-ci »¹²².

Or l'AUS en son article 19 exige en ce qui concerne le cautionnement omnibus, qu'un seuil maximal à l'engagement de la caution soit précisé. Ce seuil est librement déterminé par les parties, et inclut le principal, les intérêts et les éventuels autres accessoires.

La sanction qu'y attache l'AUS est assez rigoureuse, puisque l'absence de seuil est cause de nullité pour le cautionnement.

Evidemment, toute cause de nullité supplémentaire apparaît de prime abord, puisque potentiellement défavorable aux créanciers, comme une disposition faisant obstacle à l'efficacité des garanties.

Cependant, le fait de prévoir une somme maximale à l'engagement de la caution permet à ce dernier d'organiser son patrimoine de manière à pouvoir faire face à son engagement dans l'hypothèse où il serait appelé en garantie. La prévisibilité résultant de cette règle est sans doute

¹²¹ Art. 2293 al. 1^{er} Code civil français : « Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ».

¹²² L. Aynès, P. Crocq, Les sûretés, la publicité foncière, Defrénois, 8^e ed., n° 243.

propice à la réduction de potentielles contestations, favorisant l'exécution volontaire de la caution, améliorant ainsi l'efficacité objective de la garantie.

2- Faculté de renouvellement du cautionnement omnibus

Faculté encadrée. La limite que pose l'AUS quant à la hauteur de l'engagement de la caution de l'ensemble des dettes d'un débiteur à l'égard d'un créancier n'a pas son pendant lorsqu'il s'agit de la durée de l'engagement. Ce qui n'écarte pas la possibilité pour les parties de fixer une limite à la durée du cautionnement omnibus. Il serait intéressant de voir quelles seraient les implications de l'agencement de ces deux limites (a) avant d'analyser les conditions de renouvellement du cautionnement omnibus telles que posées à l'article 19 de l'AUS (b).

a- Limites et implications

Délimitations. Le cautionnement omnibus est en principe un engagement à durée indéterminée. Aussi, ainsi que le suggère l'article 19 de l'AUS en son second alinéa, il peut être révoqué à tout moment par la caution¹²³. Néanmoins, les parties peuvent décider d'aménager un terme à la durée du contrat de cautionnement. Dans ce cas, la caution, au risque de voir *a minima* engagée sa responsabilité contractuelle, sera contrainte de maintenir son engagement pendant toute la durée prévue au moment de la conclusion du cautionnement.

Le moment de la révocation par la caution, ou de la survenance du terme fixé par les parties, déterminera l'importance de la somme couverte par la garantie. Ici seront notamment mis en évidence les deux volets de l'engagement de la caution tels que décrits par le Pr Christian Mouly dans sa thèse de Doctorat : l'obligation de couverture et l'obligation de règlement¹²⁴.

Obligation de couverture et obligation de règlement. En effet, lorsqu'une personne s'engage à l'égard d'un créancier à garantir les dettes d'un tiers dans le cadre d'un cautionnement omnibus, l'obligation de garantir et l'obligation de payer, intimement liées quant à leur naissance dans un cautionnement normal, se singularisent.

¹²³ Art. 19 de l'AUS al. 2 : « Le cautionnement général peut être renouvelé lorsque la somme maximale est atteinte. Le renouvellement doit être exprès ; toute clause contraire est réputée non écrite. Il peut être révoqué, à tout moment, par la caution avant que la somme maximale garantie ait été atteinte. Tous les engagements du débiteur garanti nés avant la révocation restent garantis par la caution ».

¹²⁴ C. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec, 1979, n° 253 et s.

L'obligation de couverture correspond à l'engagement de garantir l'ensemble des dettes naissant pendant la durée du cautionnement. Elle naît en même temps que le cautionnement et s'éteint avec la révocation faite par la caution, ou l'arrivée du terme prévu par les parties.

L'obligation de règlement correspond à l'obligation de payer chacune des dettes nées pendant la durée de la couverture en cas de défaillance du débiteur. Dans l'hypothèse où le débiteur ne contracterait finalement aucune dette à l'égard du bénéficiaire du contrat de cautionnement pendant la durée de l'engagement, aucune obligation de règlement ne naîtrait. Dans l'hypothèse où le débiteur principal contracterait une ou plusieurs dettes pendant la durée de l'engagement, naîtraient dès lors une ou plusieurs obligations de règlement. Ces obligations de règlement, indépendantes de l'obligation de couverture, survivraient à l'extinction de cette dernière, et ne prendraient fin qu'au règlement des dettes sur lesquelles elles portent, par le débiteur principal, ou par la caution.

En Droit OHADA, l'obligation de règlement attachée au cautionnement omnibus est nécessairement soumise à un plafond global fixé par les parties, à peine de nullité. Ainsi, les dettes nées pendant la période de couverture seront garanties au fur et à mesure de leur naissance, jusqu'à ce qu'elles atteignent cumulativement la somme maximale prévue. Il est ici hautement probable que la dernière créance chronologiquement apparue avant le dépassement du seuil ne soit qu'en partie opposée à la caution.

Nous pouvons par ailleurs utilement noter que, le paiement d'une des dettes couvertes par la garantie ne devrait pas avoir pour effet de libérer une marge supplémentaire permettant de garantir une nouvelle dette à hauteur du montant remboursé. Le cautionnement omnibus n'a en effet pas été conçu, au regard de l'article 19 de l'AUS, comme une garantie rechargeable.

Spécificité du cautionnement d'un compte-courant. Bien qu'assimilée au cautionnement omnibus, le cautionnement d'un compte-courant comporte un certain nombre de particularités méritant d'être soulignées.

La notion de compte-courant désigne le « contrat par lequel deux personnes qui sont périodiquement créancières et débitrices réciproques, font figurer leurs créances et dettes en articles de compte indivisible, seul le solde étant dû après clôture »¹²⁵.

Ainsi, en raison du principe d'indivisibilité caractérisant le compte-courant, seul n'est exigible que le solde définitif apparaissant à sa clôture. Lorsque le solde du compte-courant est garanti

¹²⁵ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2014.

par un cautionnement, la principale difficulté naît lorsque, suite à une révocation de son engagement par la caution, ou à la survenance du terme prévu par les parties, la fin de l'obligation de couverture intervient avant la clôture définitive du compte.

En droit OHADA, aucune solution n'a été définie pour régler cette difficulté ; qu'elle émane des textes ou de la jurisprudence de la CCJA. Un certain nombre de propositions pourraient cependant être envisagées.

La première serait de considérer qu'en matière de cautionnement de solde de compte-courant, dès lors que son existence reste incertaine jusqu'à la clôture du compte, toute révocation, ou terme prévu par les parties, n'a aucune incidence sur l'obligation de règlement pesant sur la caution ; celle-ci portant sur l'ensemble du solde débiteur apparaissant à la clôture du compte. La seule limite au cautionnement de solde de compte-courant serait par conséquent la somme maximale de la garantie telle que fixée par les parties.

Cette proposition a pour inconvénient de placer la caution dans l'impossibilité de se libérer de son engagement, alors même que l'AUS, en son article 19 prévoit une possibilité de révocation.

Une seconde proposition consisterait à établir un solde provisoire au moment de la révocation faite par la caution, ou de l'arrivée du terme fixé par les parties ; solde sur lequel porterait l'obligation de règlement de la caution, indépendamment de de la hauteur du solde du compte-courant au moment de la clôture définitive de celui-ci.

Il ne serait ainsi pas impossible que l'obligation de règlement pesant sur la caution porte sur un montant supérieur au solde débiteur du compte courant ; celui-ci pouvant par ailleurs être créditeur. Le risque serait donc grand que la caution soit tenue plus sévèrement que le débiteur principal. Nous nous retrouverions dès lors en contradiction avec le principe de l'accessoire caractérisant le contrat de cautionnement.

Une troisième proposition verrait l'établissement d'un solde provisoire au moment de la fin de l'engagement de la caution. Ce solde provisoire serait regardé comme le plafond de l'obligation de règlement de la caution, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à la somme maximale garantie fixée par les parties.

Ainsi, la caution aurait l'assurance de ne pouvoir être appelée en garantie que pour une somme inférieure ou égale au montant du solde provisoire. Mais ici, la caution apparaîtrait comme restant tenue d'une obligation de garantie, certes limitée, malgré l'exercice de sa faculté de révocation ou la survenance du terme fixé par les parties.

La quatrième proposition serait largement proche de la précédente, puisqu'elle consisterait à arrêter un solde provisoire à la fin de l'obligation de couverture, et d'en faire le plafond de l'obligation de règlement de la caution. La particularité ici viendrait du fait que, les remises effectuées par le débiteur principal, postérieurement à la fin de l'obligation de couverture de la caution, auraient pour effet la diminution du plafond de l'obligation de règlement, sans pour autant que les crédits accordés par le créancier, par le biais du compte-courant, au cours de la même période n'aient pour effet de le faire progresser dans le sens inverse.

C'est le choix de cette dernière solution qu'a fait la jurisprudence française depuis l'arrêt *Bard* rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation le 22 novembre 1972¹²⁶. Cette position a d'ailleurs dû être précisée à l'occasion d'un arrêt du 15 mars 1977, rendu par la même juridiction¹²⁷.

Cette solution place les créanciers dans une position assez délicate, puisque la poursuite du fonctionnement du compte-courant les soumet à un risque d'anéantissement de la garantie prise. Les remises du créancier postérieures à l'arrêt de l'obligation de couverture n'ayant aucun effet sur la somme couverte par la garantie, et les remises postérieures du débiteur venant en diminution de cette même somme, il pourrait en résulter que le garant ne soit tenu d'aucune obligation de règlement, alors même que le solde provisoire et le solde définitif affichent un état débiteur.

Des quatre propositions développées, celle qui semble établir le meilleur équilibre entre les règles classiques du cautionnement omnibus, les particularités du fonctionnement du compte-courant, et la prise en compte des intérêts des créanciers et des garants, est la troisième.

En effet, elle fait du solde provisoire apparaissant au moment de la fin de l'obligation de couverture, un plafond de l'obligation de règlement de la caution, assurant ainsi au créancier

¹²⁶ Cass. Com., 22 novembre 1972 : « Attendu qu'en statuant ainsi sans rechercher, comme l'y invitaient les conclusions de X..., si le compte ayant continué à fonctionner, le débit du solde provisoire existant au jour de la révocation du cautionnement n'a pas été effacé par les remises subséquentes, et si le solde débiteur, actuellement réclamé après clôture définitive du compte, ne résulte point d'avances effectuées par la banque postérieurement à la révocation de l'engagement dudit X..., la Cour d'Appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

¹²⁷ Cass. Com., 15 mars 1977 : « Attendu qu'après avoir retenu le montant du solde définitif du compte à sa clôture et établi, en outre, le montant du solde provisoire garanti par les cautions, la cour d'appel, qui a recherché le montant des opérations en cours, a décidé à bon droit, d'une part, que les cautions bénéficient des remises faites par le débiteur principal, et d'autre part, qu'elles ne peuvent être tenues en raison des avances accordées par la banque à ce même débiteur après la révocation de leur engagement de caution ».

d'avoir une idée précise de la hauteur de l'engagement de la caution ; rendant possible une appréciation plus évidente de l'opportunité des avances faites postérieurement.

De même, elle permet aux cautions d'avoir une meilleure lisibilité du poids de leur engagement. Ils ont ainsi la possibilité d'organiser leur patrimoine en fonction de la somme que couvre la garantie. La prévisibilité qu'assure cette solution est un véritable facteur d'efficacité objective du cautionnement.

b- Modalités de renouvellement

Cautionnement omnibus classique. Le droit OHADA, au second alinéa de l'article 19 de l'AUS¹²⁸, prévoit une possibilité de renouvellement du cautionnement omnibus. Ce renouvellement peut intervenir lorsqu'est atteinte la somme maximale garantie telle que préalablement déterminée par les parties.

Le renouvellement du cautionnement omnibus ne peut intervenir que de manière expresse. Cette exigence a un caractère d'ordre public ; puisque toute clause contraire serait, selon l'article 19 de l'AUS, réputée non écrite.

Ce renouvellement peut être effectué, au choix des parties, pour un montant équivalant à la somme initiale, ou pour un nouveau montant. La question du cumul ou de la substitution de ces sommes pourrait se poser ici. Au regard de l'esprit du texte, et de l'intérêt qu'elle pourrait avoir pour le créancier, le choix du cumul devrait s'imposer ; exception faite des cas dans lesquels les parties envisagent expressément une substitution de la garantie précédente par la nouvelle.

Cautionnement du solde d'un Compte-courant. La spécificité du fonctionnement du compte-courant oblige de nouveau ici à quelques distinctions. En effet, en vertu du principe d'indivisibilité caractérisant le compte-courant, seul le solde débiteur apparaissant à sa clôture définitive peut être exigible. Par conséquent, l'apparition d'un solde provisoire équivalant ou supérieur à la somme maximale garantie ne peut servir de base au renouvellement du cautionnement d'un compte-courant. Le solde débiteur ne pouvant être pris en compte qu'une fois, en même temps que la fermeture du compte-courant, le renouvellement du cautionnement du solde débiteur d'un compte-courant n'est pas envisageable.

¹²⁸ Texte précédemment cité.

C- La certification de caution

Définition. La certification de caution s'inscrit dans les formes de garantie à double détente. C'est un mécanisme qui, contrairement au sous-cautionnement¹²⁹, a été introduit par le législateur communautaire au sein du droit OHADA¹³⁰. Elle désigne le fait de se porter caution d'une autre caution au profit d'un même créancier. Elle a ainsi pour effet le renforcement de la probabilité qu'a le créancier d'obtenir satisfaction.

En effet, en cas de défaillance de la caution certifiée, consécutive elle-même à une défaillance du débiteur principal, le certificateur serait appelé à couvrir, à hauteur de son engagement, la dette garantie.

Régime juridique. La certification est marquée par son caractère accessoire à l'engagement de la caution certifiée. Le défaut de validité de ce dernier prive la certification de toute efficacité.

Le certificateur, par opposition à la caution de premier rang, solidaire sous réserve de stipulation contraire, est présumé s'engager au titre d'un cautionnement simple. Toutefois, le certificateur et la caution certifiée peuvent décider d'inclure dans leur convention une clause de solidarité¹³¹.

En l'absence de solidarité, la certification semble présenter un intérêt moindre. En cas de doute sur les capacités de la caution qui lui aura été proposée à pallier au risque d'insolvabilité du débiteur principal, le créancier serait en effet plus enclin à pencher pour le choix de l'adjonction d'une caution solidaire, plutôt que pour celui de la mise en place d'une certification de caution.

II- Efficacité favorisée sur le plan des conditions de formation

Plan. Les motifs de satisfaction ne sont pas nombreux lorsque l'on aborde les éléments favorables à l'efficacité du cautionnement dans l'espace OHADA sous l'angle de ses conditions de formation. Ils sont principalement relatifs à la solennité limitée du contrat de cautionnement

¹²⁹ C'est une contre-garantie qui permet à la caution de se faire garantir le remboursement de la somme qu'elle aurait à payer au créancier s'il advenait une défaillance du débiteur principal. En général, la caution exige avant de s'engager, que le débiteur lui fournisse à son tour une caution. En raison du caractère non-limitatif de la liste des sûretés personnelles prévues par l'AUS, rien n'interdirait de constituer un sous-cautionnement.

¹³⁰ Article 21 alinéa 1^{er} de l'AUS : « la caution peut elle-même se faire cautionner par un certificateur désigné comme tel dans le contrat. »

¹³¹ Article 21 alinéa 2 : « sauf stipulation contraire, le ou les certificateurs sont cautions simples de la caution certifiée. »

(A), à la précision des règles de preuve qui y sont associées (B), ou encore à l'absence du principe de proportionnalité (C).

A- Solennité limitée du cautionnement

Caractère exprès du consentement. Le législateur OHADA, au premier alinéa de l'article 14 de l'AUS, pose le principe selon lequel le consentement valable ne se présume pas¹³². Avant la réforme du 15 décembre 2010, il était en plus précisé à l'article 4 de l'AUS, désormais article 14 de l'AUS, que le consentement devait être exprès à peine de nullité. Le caractère redondant de l'ancien article 4 de l'AUS était similaire à celui que nous pouvons observer, à la lecture de l'article 2292 du code civil français¹³³.

La suppression de cette précision ne devrait toutefois pas modifier l'idée selon laquelle le consentement au cautionnement ne peut être implicite. Il ne peut être accordé tacitement en raison du silence gardé ou du comportement de la caution, que les circonstances soient ou non empreintes d'un caractère particulier.

Le consentement au cautionnement doit donc être sans équivoque. Ce qui n'impose pas nécessairement la rédaction d'un écrit.

Du formalisme... L'AUS avant la réforme du 15 décembre 2010, à l'analyse de son article 4¹³⁴, et au regard de la position majoritaire de la doctrine OHADA, posait le principe selon lequel en matière de cautionnement, un écrit formalisant l'engagement de la caution était exigé à titre de validité.

C'est d'ailleurs la position qu'avait prise la CCJA dans un arrêt du 19 octobre 2003¹³⁵. Le non-respect des formalités écrites prescrites à l'article 4 de l'AUS était sanctionné par la nullité de

¹³² Article 14 alinéa 1^{er} *ab initio* de l'AUS : « Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. »

¹³³ Article 2292 du code civil français : « le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté. »

¹³⁴ Article 4 *ab initio* de l'AUS avant la réforme du 15 décembre 2010 : « Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. A peine de nullité, il doit être convenu de façon expresse entre la caution et le créancier. Le cautionnement doit être constaté dans un acte comportant la signature des deux parties, et la mention, écrite de la main de la caution, de la somme maximale garantie, en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres. »

¹³⁵ « Doivent être annulés pour violation de l'article 4 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, les actes de cautionnement ne portant ni la signature de bénéficiaire, ni la mention écrite de la main de la somme maximale garantie. » CCJA, 19 octobre 2003, arrêt n° 18/2003, Sté AFROCOM contre Caisse de Stabilisation et de soutien des Prix des Productions Agricoles dite CSSPPA, Ohadata J-04-119.

l'acte de cautionnement. Celui-ci était dès lors considéré comme un acte solennel en Droit OHADA. Cette solennité attachée au cautionnement était indifféremment requise selon que les parties avaient ou non la qualité de commerçant ou de professionnel.

...Au consensualisme. Le nouvel AUS envisage différemment la valeur de l'écrit en matière de cautionnement, par le biais de son article 14¹³⁶. L'écrit n'y est plus envisagé à titre de validité, mais seulement à titre probatoire. Le cautionnement se formant par le seul échange de consentements. Son caractère désormais consensuel est ainsi affirmé.

Absence d'influence du droit de la consommation. Nous pouvons donc constater que, la position des créanciers de l'espace OHADA est, en matière de cautionnement, relativement avantageuse par rapport à celle des créanciers français. En effet, à la différence de ces derniers, ils n'ont pas à s'inquiéter de l'influence des règles relatives au droit de la consommation sur les conditions de validité des conventions de cautionnement.

Secoué par le droit de la consommation à l'occasion de l'adoption de la loi Neiertz du 31 décembre 1989, plus sérieusement bousculé par la mise en œuvre de la loi Dutreil du 1^{er} août 2003, le cautionnement ne peut désormais plus être valablement conclu en droit français, entre une personne physique et un professionnel, sans que ne figure à l'acte de garantie, une mention manuscrite émanant de la caution, sur la base d'un modèle établi par la loi. Echappent à cette contrainte, au regard des prescriptions de la loi du 28 mars 2011, les actes notariés et les actes sous seing privé contresignés par un avocat.

Au sein de l'espace OHADA, le droit de la consommation se trouve encore dans une phase embryonnaire. Le législateur OHADA n'a pas fait le choix de l'intégrer dans le domaine d'intervention de l'OHADA. Par ailleurs, en dépit de l'inspiration française du droit de cautionnement OHADA, le choix a été fait, que ce soit au moment de l'adoption de l'AUS initial en 1997, ou au moment de sa réforme en 2010, de ne pas retenir les règles du droit de la consommation affectant la validité du cautionnement.

Un tel choix est de nature à limiter les sources de nullité du contrat de cautionnement, et de représenter un avantage pour les créanciers de l'espace OHADA.

¹³⁶ Article 14 alinéa 1 de l'AUS : « le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres. »

B- La définition des règles de preuve liées au cautionnement

Absence d'harmonisation du régime de la preuve. Le régime de la preuve des actes juridiques n'a pas été intégré au périmètre d'harmonisation du droit OHADA. Cette absence d'harmonisation impose normalement que soit effectuée une analyse de la législation propre à chaque Etat-Membre de l'OHADA lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions auxquelles les personnes se considérant parties à une convention, pourraient valablement prouver l'existence ou l'étendue de leurs obligations réciproques. Ceci nous amène à faire le constat selon lequel le régime de la preuve est un terrain propice à de nombreux conflits de lois. Toutefois, nous devons relever le fait qu'en matière de cautionnement, le législateur OHADA a limité ces risques de conflits de lois (1). Par ailleurs, le droit OHADA a su intégrer à ces règles de preuve relatives au cautionnement, des considérations liées au contexte dans lequel il s'établit ; en particulier la probabilité non négligeable de bénéficier de l'engagement d'une personne dite analphabète (2).

1- Précision des règles probatoires applicables au cautionnement

Enjeu. La modification de la valeur de l'écrit en matière de cautionnement, dont l'exigence ne présente plus qu'un enjeu probatoire, a ouvert un nouveau champ de réflexion relatif à la preuve du cautionnement.

En effet, tant qu'il était admis que le cautionnement n'était valable que s'il était formalisé par écrit, la question du mode de preuve ne se posait pas. Tout cautionnement se prouvait par écrit, tant pour son existence que pour sa durée, ses conditions de réalisation ou d'extinction, ou encore pour ce qui concerne la nature ou le montant de l'opération garantie.

Désormais, se pose la question de savoir si le régime probatoire du cautionnement sera celui de la liberté de la preuve, ou s'il sera celui de la preuve légale, entendue comme la situation dans laquelle le législateur fixe les conditions de recevabilité des modes de preuve, et en détermine la force probante (a). Se pose en outre la question de savoir si les règles de preuve seront les mêmes en matière commerciale et en matière purement civile (b).

a- Légalité de la preuve du cautionnement de droit commun

Preuve parfaite. Le législateur OHADA semble poser des conditions strictes de recevabilité de la preuve de l'existence et du contenu d'une convention de cautionnement. En effet, l'article 14 de l'AUS énumère les conditions indispensables à l'obtention d'une preuve de cautionnement qu'on pourrait qualifier de parfaite.

Il est tout d'abord exigé qu'un acte écrit soit produit. Celui-ci doit avoir été signé par la caution et le créancier, et comporter une mention manuscrite de la caution, relative à l'étendue du cautionnement. La somme maximale garantie par la caution doit ainsi apparaître manuscrite dans l'acte, en chiffres et en lettres; étant entendu que cette somme prend en considération le principal, les intérêts et autres accessoires. L'article 14 de l'AUS précise que la somme inscrite en lettres prime sur celle inscrite en chiffres, en cas de différence apparaissant entre les deux. Ainsi, nous pouvons affirmer que le législateur OHADA a opté pour le principe de la preuve légale pour ce qui concerne la convention de cautionnement.

Preuve imparfaite. Le législateur OHADA ne donne pas d'indication sur le sort qu'il réserve aux actes de cautionnement n'étant pas scrupuleusement conformes aux exigences prévues à l'article 14 de l'AUS. Une analyse des règles de preuve établies au sein des législations internes des Etats-Membres de l'OHADA pourrait permettre de combler cette lacune. Celle-ci permet de constater que, dans leur très large majorité, ces Etats-Membres continuent d'appliquer en la matière, les dispositions du Code civil français dans la version sous laquelle elle se présentait avant la vague des indépendances des années 1960.

En nous appuyant sur les règles de preuve applicables aux actes juridiques sur la base du Code civil français de la fin des années 1950, il serait envisageable de reconnaître aux actes de cautionnement ne répondant pas aux conditions formelles exigées par le législateur OHADA, la valeur de commencement de preuve par écrit¹³⁷. Dans ce cas, les imperfections les affectant en tant que preuves pourraient être corrigées par l'adjonction d'autres moyens de preuve tels que des témoignages, des aveux, ou encore des présomptions.

¹³⁷ Ancien article 1347 alinéa 2 du Code civil français : « On appelle ainsi tout acte par écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée, ou de celui qu'il représente, et qui rend vraisemblable ce qui est allégué ».

b- Liberté de la preuve du cautionnement commercial

Preuve du cautionnement commercial. La matière commerciale est généralement un domaine dans lequel prévaut le principe de la liberté de la preuve. C'est notamment le cas en droit français, où on tire de l'article L 110-3 du Code de commerce le principe selon lequel : « A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens ». C'est également le cas du droit OHADA, puisque le premier alinéa de l'article 5 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial Général (AUDCG)¹³⁸ nous indique que : « Les actes de commerce se prouvent par tous moyens même par voie électronique à l'égard des commerçants ».

Ainsi, qu'il s'agisse de l'écrit, du témoignage, de l'aveu, du serment, de la présomption de faits, ou même d'enregistrements audio ou vidéos, la palette offerte pour établir la réalité d'un fait ou d'une obligation est très large en matière commerciale. Cette liberté affectant la matière commerciale rentre en conflit avec les règles encadrant la preuve du cautionnement à l'article 14 de l'AUS, lorsque l'engagement de la caution est reconnu comme étant de nature commerciale.

Qualification du cautionnement commercial. Pour déterminer si une convention de cautionnement est de nature commerciale en droit OHADA, il est une fois de plus nécessaire de se référer au contenu de l'AUDCG. Celui-ci donne une définition des actes de commerce par nature, ainsi qu'une liste d'actes considérés comme commerciaux par nature¹³⁹.

A l'article 3 de l'AUDCG, l'acte de commerce par nature est défini comme « celui par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ». Au regard de cette définition, le cautionnement donné par toute personne, à titre onéreux, devrait normalement être reconnu comme ayant une nature commerciale.

Par ailleurs, dans la liste qu'il donne, à l'article 3 de l'AUDCG, des actes devant être considérés comme commerciaux, le législateur OHADA introduit l'ensemble des « actes effectués par les sociétés commerciales ». Ainsi, les cautionnements consentis par les SNC, les SCS, les SARL, ou les SA, qui sont des sociétés commerciales en raison de leur forme, sont de nature

¹³⁸ L'AUDCG a été adopté le 17 avril 1997. Il a fait l'objet d'une profonde réforme le 15 décembre 2010.

¹³⁹ Dans la liste d'actes devant être considérés comme des actes de commerce par nature, le Législateur OHADA intègre des actes qui en Droit français sont identifiés comme étant des actes de commerce par accessoire. C'est notamment le cas pour ce qui concerne « les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ».

commerciale¹⁴⁰. Il en est de même en ce qui concerne les cautionnements consentis par des sociétés qui sont commerciales en raison de leur objet¹⁴¹.

En outre, le législateur OHADA intègre à cette liste d'actes de commerce par nature, tous « les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ». Par conséquent, pourra être considéré comme commercial, le cautionnement donné par un commerçant pour permettre à un de ses partenaires commerciaux d'obtenir un crédit nécessaire à l'exécution d'une obligation à son profit.

Il est toutefois intéressant de souligner que, par opposition au droit français, le droit OHADA ne consacre pas le cas du cautionnement reconnu commercial, consenti par un non-commerçant en vue de garantir l'exécution d'une obligation souscrite par une société commerciale, en raison de l'existence d'un intérêt patrimonial personnel de la caution à l'exécution de l'opération garantie. Cet intérêt est principalement identifié chez les dirigeants faisant le choix de se porter caution afin de garantir une dette contractée par la société dont ils tiennent les rênes¹⁴².

Les règles auxquelles la conclusion du cautionnement est soumise au titre de l'article 14 de l'AUS visent à la protection du consentement de la caution. Elles permettent non seulement de vérifier sa réalité, mais également de s'assurer de la conscience qu'il a de l'étendue de son engagement. Cette protection se justifie lorsqu'elle bénéficie à une personne physique non professionnelle s'engageant à garantir la dette d'un tiers. Elle se justifie beaucoup moins lorsqu'il est question de l'engagement d'une personne morale, notamment une société commerciale dont le cautionnement fourni est commercial. Elle se justifie également difficilement lorsque la caution, généralement professionnelle, consent à garantir la dette d'un tiers contre rémunération. Elle ne convainc pas non plus lorsqu'elle profite au commerçant accordant un cautionnement pour les besoins de son activité professionnelle. Ainsi, aucune des trois hypothèses de cautionnement commercial identifiées en droit OHADA ne semble mériter que nous fassions prévaloir le principe de la légalité de la preuve sur celui de la liberté de la

¹⁴⁰ Article 6 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés anonymes ».

¹⁴¹ Article 6 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Le caractère commercial d'un objet est déterminé par sa forme ou par son objet ».

¹⁴² Cass. Fr. Com. 7 juillet 1969, D 1970. 14 : « Si le cautionnement est par nature un contrat civil, il devient un contrat commercial lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle il est intervenu ».

preuve. Par conséquent, la preuve de l'existence et de l'étendue de l'engagement de la caution dans un cautionnement commercial devrait être libre.

Cautionnement acte mixte. Toutefois, nous devons envisager les hypothèses dans lesquelles l'acte de cautionnement ne concerne pas exclusivement des commerçants, ou alors ne concerne pas exclusivement des non-commerçants. De ces cas, peuvent naître de nouvelles difficultés.

Classiquement, dans ce type d'actes dits mixtes, est mis en œuvre le système dit distributif. Celui-ci consiste à opposer au commerçant le régime probatoire applicable aux commerçants, et par conséquent à appliquer à son égard le principe de la liberté de la preuve. A l'encontre des non-commerçants, la preuve se fera selon les règles de droit commun, et la présentation d'un écrit répondant aux conditions posées à l'article 14 de l'AUS sera nécessaire.

Toutefois, il est utile de noter que, conformément aux règles de droit commun, le législateur OHADA, au second alinéa de l'article 5 de l'AUDCG, autorise le commerçant ayant la possibilité de produire un élément répondant aux conditions d'un commencement de preuve par écrit, à prouver par tous moyens contre un non-commerçant¹⁴³.

Cette souplesse, expressément reconnue au commerçant, trouve bien évidemment matière à s'appliquer dans le cadre d'une convention de cautionnement conclue entre un commerçant et un non-commerçant. Par conséquent, lorsque le créancier bénéficiaire de la garantie est un commerçant, et qu'à l'opposé, la caution est non-commerçante, l'absence de régularité de l'acte de cautionnement au regard des conditions de forme posées par l'article 14 de l'AUS¹⁴⁴, ne laisse pas le créancier démuni. L'acte de cautionnement non conforme dans sa forme pourrait se voir reconnaître la qualité de commencement de preuve par écrit. Le créancier serait dès lors en mesure d'apporter, en complément de l'acte non conforme, tout autre moyen de preuve.

2- Encadrement de l'engagement des cautions analphabètes

Prise en compte de l'analphabétisme par l'AUS. Ne pouvant omettre le fait que dans certains Etats-Membres de l'OHADA, un taux non-négligeable de la population soit analphabète, le

¹⁴³ Article 5 second alinéa de l'AUDCG : « Tout commencement de preuve par écrit autorise le commerçant à prouver par tous moyens contre le non-commerçant. »

¹⁴⁴ Article précité.

législateur OHADA a prévu à l'article 14 de l'AUS¹⁴⁵, des conditions spécifiques à la constitution d'une preuve parfaite en présence d'une caution ne sachant ni lire, ni écrire.

Le législateur OHADA s'est inspiré pour cela du Code des Obligations Civiles et Commerciales du Sénégal. Celui-ci, en son article 20, fait de tout acte conclu par un analphabète sans avoir été assisté d'au moins deux personnes sachant lire et écrire, un acte nul.

Cette prise en compte de l'analphabétisme par le législateur du Droit OHADA participe de l'exigence d'information de la caution sur le sens et la hauteur de l'engagement auquel il souscrit, réduisant ainsi les risques de contestation pouvant survenir au moment de l'appel en garantie.

Une sanction désormais plus équilibrée. Avant la modification de cet article, consécutive à la réforme du 15 décembre 2010, il était admis qu'était nul le cautionnement souscrit par toute personne analphabète non assistée de certificateurs. L'écrit n'étant plus requis en matière de cautionnement, acte de nature consensuelle, qu'à titre probatoire, ces formalités de substitution n'auraient plus, elles aussi, qu'une valeur probatoire.

Le non-respect des formalités prescrites en présence de cautions ne sachant, ou ne pouvant, ni lire, ni écrire, ne serait donc plus constitutif de nullité. L'existence et l'intégrité du consentement de la caution analphabète ou de la caution se trouvant dans l'impossibilité d'écrire¹⁴⁶, suffiront à la validité du cautionnement.

Il apparaît donc, à la lecture du second alinéa de l'article 14 de l'AUS, que deux témoins certificateurs doivent participer à la rédaction de l'acte de cautionnement. Il n'est néanmoins pas précisé si cette exigence devrait être strictement suivie, ou regardée comme un minimum requis. La présence d'un troisième certificateur rendrait-elle la preuve imparfaite ? Cette règle étant destinée à protéger la caution, la présence d'un troisième certificateur ne nuirait a priori en rien aux intérêts de la caution, bien au contraire. L'admission en tant que preuves parfaites d'actes de cautionnement conclus avec la participation de plus de deux certificateurs irait dans le sens de l'esprit du texte.

¹⁴⁵ Article 14 alinéa 2 de l'AUS : « 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. La présence des témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement des formalités prévues par l'alinéa précédent. »

¹⁴⁶ Le législateur OHADA ne limite pas aux seuls analphabètes ces dispositions de substitution. Il prend le soin de les étendre aux personnes victimes d'un handicap physique (perte de la vue, perte ou paralysie des membres supérieurs...).

En outre, l'article 14 de l'AUS, en son second alinéa, prévoit que les témoins certificateurs doivent préciser dans l'acte de cautionnement, l'identité et la présence de la caution analphabète, et attester que la nature et les effets de l'acte lui ont été expliqués.

Cette évolution de la sanction des exigences soumises au cautionnement souscrit par une personne analphabète ou se trouvant dans l'impossibilité d'écrire, est indubitablement bénéfique aux créanciers sans pour autant amoindrir la protection des cautions analphabètes.

Un point d'équilibre semble donc avoir été trouvé. Ce d'autant plus qu'il n'est pas rare de rencontrer dans les Etats-Membres de l'OHADA de redoutables entrepreneurs ayant fait fortune dans le monde des affaires malgré leur analphabétisme. Susceptibles de nourrir de sérieux complexes au regard de leurs difficultés, il n'est pas rare qu'à l'occasion de leur engagement en tant que caution, comme pour toute autre conclusion d'actes juridiques, ils ne se déclarent pas en tant qu'analphabètes. La sanction par la nullité de l'absence de certificateurs était dommageable pour la confiance que pouvaient avoir les créanciers à l'égard de cette garantie qu'est le cautionnement.

C- L'absence de principe de proportionnalité

Notion. La proportionnalité dans le droit des garanties du crédit traduit généralement l'équilibre qu'il peut y avoir dans le rapport existant entre l'engagement du garant et ses capacités financières. Il s'agit d'un concept dont les effets se manifestent principalement dans sa vision négative : l'absence de proportionnalité ou disproportion.

Contrairement au droit français des garanties du crédit¹⁴⁷, le principe de proportionnalité brille par son absence lorsque l'on scrute les textes du droit OHADA¹⁴⁸. L'appréciation du rôle positif ou négatif qu'il pourrait jouer n'est possible qu'en analysant ses effets dans les législations proches du droit OHADA telles que le droit français.

¹⁴⁷ Les lois dites « Neiertz » du 31 décembre 1989 et « Dutreil » du 1^{er} août 2003 mettent en place une condition de proportionnalité de l'engagement des personnes physiques se traduisant par les articles L313-10 et L341-4 du code de la consommation.

¹⁴⁸ Le second alinéa de l'article 15 de l'AUS indique pourtant que « la caution doit présenter des garanties de solvabilité appréciées en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine ». Il serait tentant d'y voir un embryon d'exigence de proportionnalité, mais il n'en est rien.

Ce texte vise en effet, non pas à assurer la protection des personnes qui s'engagent à titre de caution, mais plutôt à renforcer celle des créanciers. Le législateur OHADA, soucieux de satisfaire aux désirs des créanciers, tente de réduire au maximum leurs contraintes.

Le principe de proportionnalité est introduit dans le droit français des garanties du crédit à l'occasion de l'entrée en vigueur des lois dites « Neiertz » du 31 décembre 1989. L'article L313-10 du code de la consommation en est l'émanation. Il dispose notamment que : « un établissement de crédit ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement d'une opération de crédit relevant des chapitres Ier ou II du présent titre, conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

La jurisprudence française, interprétant ce texte, n'a pas donné à la notion de disproportion un sens strict. Ce dont nous ne pouvons douter est le fait que soient pris en compte les biens et les revenus annuels du garant pour l'appréciation du caractère proportionné ou disproportionné de son engagement¹⁴⁹. Le seuil de proportionnalité n'ayant jamais été proprement déterminé, les juges se livrent à une appréciation au cas par cas. Cependant, certains auteurs, analysant différents arrêts appliquant le principe de proportionnalité, ont essayé de donner une définition à la notion de disproportion. Ainsi, il y a disproportion lorsque « l'engagement souscrit par la caution, au regard de l'ensemble de ses biens et revenus et compte tenu de ses charges familiales ou d'autres engagements antérieurs, est de nature à priver la caution d'un reste à vivre décent¹⁵⁰ ».

Domaine. Dans un premier temps limité aux contrats de cautionnement souscrits au profit d'établissements de crédit par des personnes physiques dans le but de garantir des opérations de crédit à la consommation¹⁵¹, le principe de proportionnalité a vu son domaine d'influence être étendu à tous les contrats de cautionnement conclus entre une personne physique et un créancier professionnel à l'occasion de l'adoption de la loi dite Dutreil du 1^{er} août 2003¹⁵².

Sanction. Le caractère disproportionné de l'engagement du garant s'apprécie, au titre des articles L313-10 et L341-4 du Code de la consommation, au moment de la souscription du contrat de cautionnement. Toutefois, l'éventuelle disproportion de cet engagement ne produit

¹⁴⁹ Civ. 1^{ère} 22 octobre 1996, n° 94-15.615 ; Com. 5 avril 2011, n° 10-18.106 ; Com. 3 mai 2011, n° 10-17.171.

¹⁵⁰ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^{ème} ed., n°118.

¹⁵¹ Art. L313-10 du Code de la consommation.

¹⁵² Art. L 341-4 du Code de la consommation : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. »

d'effet que si, au moment de l'appel en garantie, les biens et revenus de la caution ne lui permettent pas de remplir ses obligations.

Ainsi, sans être une cause de nullité de la garantie, le caractère disproportionné de l'engagement de la caution peut entraîner son inefficacité. En effet, au regard de la jurisprudence française, la sanction appliquée est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de la garantie¹⁵³.

Avantages. L'application du principe de proportionnalité a l'avantage d'inciter les créanciers, et plus particulièrement les établissements de crédit, à s'assurer beaucoup plus rigoureusement des capacités des cautions potentielles à assumer leurs engagements.

A terme, cette exigence réduit sans doute le pourcentage de contestations motivées par le constat que font les cautions de leur incapacité à répondre à leur engagement en raison de son étendue ; l'efficacité de la garantie se trouvant ainsi dans l'ensemble renforcée.

Inconvénients. L'exigence de proportionnalité appliquée au contrat de cautionnement pourrait être regardée comme une mesure de protection de la caution contre les risques inhérents aux engagements inconsidérés. Par opposition, il est possible d'y voir une source supplémentaire d'inefficacité des garanties, contribuant à renforcer la frilosité des professionnels dans l'attribution de crédits.

C'est certainement l'un des principaux obstacles à l'intégration du principe de proportionnalité dans le droit OHADA des garanties. Nous constatons ainsi qu'au sein de l'espace OHADA, les établissements de crédit en particulier, et les créanciers professionnels en général, n'ont aucunement l'obligation de s'assurer de la capacité des garants à répondre à leurs engagements au moment de la souscription des contrats de garantie.

Les règles de droit OHADA devant être appliquées dans des Etats au sein desquels le crédit rencontre des difficultés considérables, le choix d'écarter une cause d'inefficacité des garanties, pouvant fragiliser la confiance des créanciers, se justifie pleinement.

¹⁵³ Cass. Fr. Com. 22 juin 2012, n° 09-67.814 : « Attendu, en second lieu, que selon l'article L. 341-4 du code de la consommation, la sanction du caractère manifestement disproportionné de l'engagement de la caution est l'impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir de cet engagement ; qu'il en résulte que cette sanction, qui n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice, ne s'apprécie pas à la mesure de la disproportion ; qu'ayant retenu que l'engagement de la caution était manifestement disproportionné à ses biens et revenus, la cour d'appel a, à bon droit, rejeté la demande de la caisse ».

§2- Garantie et contre-garantie autonome

Définition. Les garantie et contre-garantie¹⁵⁴ autonomes sont la seconde forme de garantie personnelle dont le régime juridique a été expressément organisé par le législateur en Droit OHADA.

Elles sont définies à l'article 39 de l'AUS ; le premier alinéa définissant la garantie autonome, et le second alinéa définissant la contre-garantie autonome.

« La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au bénéficiaire, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues.

La contre-garantie autonome est l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre, à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon des modalités convenues »¹⁵⁵.

Cette définition a été sans conteste inspirée de celle qu'a attribué à la garantie autonome, le droit français, à l'article 2321 du code civil, suite à la réforme du droit des sûretés mise en place par l'ordonnance du 23 mars 2006¹⁵⁶.

La garantie et la contre-garantie autonomes voient leur efficacité attachée aux caractéristiques particulières qui leur sont reconnues (I), de même qu'à certaines conditions de formation auxquelles elles sont soumises(II).

¹⁵⁴ Ces deux garanties étaient désignées sous le terme « lettre de garantie » et « lettre de contre-garantie » sous l'empire de l'AUS initial du 17 avril 1997. Cette dénomination rappelait le caractère cambiaire attaché à cette garantie. La nouvelle dénomination met désormais l'accent sur sa spécificité par opposition au cautionnement : son autonomie à l'égard du contrat principal.

¹⁵⁵ Dans l'AUS initial, était définis sous l'article 28 la lettre de garantie et la lettre de contre-garantie : « La lettre de garantie est une convention par laquelle, à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier. La lettre de contre-garantie est une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre ou du garant, le contre-garant s'engage à payer une somme déterminée au garant sur première demande de la part de ce dernier ».

¹⁵⁶ Article 2321 al. 1er du code civil français : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit selon des modalités convenues ».

I- Une efficacité liée à ses éléments distinctifs

Plan. La garantie et la contre-garantie autonomes tirent de leurs particularités principales que sont l'autonomie (A) et l'exclusion des personnes physiques (B), les éléments renforçant leur efficacité.

A- Le principe d'autonomie

Indépendance de la garantie. Il ressort à la lecture du second alinéa de l'article 40 de l'AUS que les garanties et contre-garanties autonomes « créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ».

Ainsi, la garantie et la contre-garantie autonome se caractérisent par leur indépendance par rapport à l'obligation ou aux obligations qu'elles garantissent. Cette indépendance joue non seulement au niveau de l'objet de ces garanties, mais également au niveau de l'opposabilité des exceptions.

Autonomie de l'objet. Par opposition au cautionnement, l'objet de l'engagement du garant ou du contre-garant est autonome par rapport à la dette du contrat principal¹⁵⁷. Cette autonomie se vérifie au niveau de l'étendue des obligations pesant sur le garant ou le contre-garant, au niveau de leur validité et de leur durée.

En effet, l'engagement du garant ou du contre-garant peut porter sur une somme plus ou moins importante que la somme pour laquelle s'est engagé le débiteur garanti. Il peut également s'étendre sur une durée plus ou moins longue que celle du contrat de base.

Cette autonomie ne fait néanmoins pas obstacle à la possibilité d'indiquer dans l'acte de garantie, l'engagement au titre duquel la garantie ou la contre-garantie autonome est prise. C'est d'ailleurs une exigence posée par l'AUS à l'article 41 : « Les garanties et contre-garanties autonomes (...) doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité (...) la convention de base, l'acte ou le fait en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ».

¹⁵⁷ Com., 13 décembre 1994 : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il était stipulé que Mme X... garantissait à la banque le " remboursement de sa créance envers M. Y... " et qu'elle s'engageait à régler " toutes les sommes dues par le débiteur comme décrit ci-dessus ", ce dont il résultait qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Inopposabilité des exceptions. Le caractère indépendant de la garantie et de la contre-garantie autonome est à la source de son efficacité. En effet, il a pour conséquence de limiter au seul contrat de garantie les exceptions que le garant ou le contre-garant aurait la possibilité de soulever pour échapper à son engagement.

Par conséquent, sont inopposables au créancier garanti, toutes les exceptions tirées du contrat de base ; que celles-ci portent sur son exécution, sa résolution ou résiliation, ou même son exécution¹⁵⁸. C'est en ce sens que les juges de la CCJA ont, par un arrêt rendu le 18 avril 2013, précisé que : « le garant n'est pas fondé à invoquer la convention liant l'emprunteur et le prêteur pour se délier de ses engagements »¹⁵⁹.

Bien évidemment la neutralisation de ces différentes et parfois multiples exceptions relatives au contrat de base, sources potentielles d'inefficacité des garanties, est favorable aux créanciers, et fait de la garantie et de la contre-garantie autonomes, des garanties a priori plus attractives que le cautionnement. Mais le législateur a décidé, en Droit OHADA, qu'il convenait de brider ces garanties.

B- L'exclusion des personnes physiques

Qualité des personnes concernées. L'article 40 de l'AUS, en son premier alinéa, pose le principe selon lequel « les garantie et contre-garantie autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques sous peine de nullité »¹⁶⁰.

L'interdiction posée par ce texte semble s'appliquer tant pour le rôle de donneur d'ordre, que pour celui de garant ou de contre-garant.

Intérêt de l'exclusion. Elle vise d'une part à protéger les garants personnes physiques potentiels des dangers relatifs à ce type de garanties, portant généralement sur des montants très élevés, et pour lesquels les moyens de défense sont réduits en raison de l'inopposabilité des exceptions nées du contrat de base.

¹⁵⁸ L'AUS, en son article 41, impose d'ailleurs que soit mentionné dans le contrat de garantie ou de contre-garantie autonome, à peine de nullité, « l'impossibilité, pour le garant ou le contre-garant, de bénéficier des exceptions de la caution ».

¹⁵⁹ CCJA, 18 avril 2013, SONAC c/ BIS et NSMTP SA, n° 021/2013.

¹⁶⁰ Il pourrait être utile de noter la distance que prend ici le droit OHADA par rapport au droit français, qui ne pose aucune restriction à la participation des personnes physiques aux actes mettant en place une garantie ou une contre-garantie autonome.

Elle vise d'autre part à protéger les potentiels donneurs d'ordre personnes physiques d'éventuels appels en garantie abusifs qui les contraindraient à s'engager dans de coûteux duels judiciaires face à des entités de taille importante.

Ainsi, seules sont habilitées à souscrire des garanties et contre-garanties autonomes, les personnes morales, qu'elles soient de droit privé ou de droit public, peu important le secteur d'activité dans lequel elles interviennent.

L'introduction de cette limite a sans doute pour effet de réduire considérablement le champ d'application de la garantie et de la contre-garantie autonome, notamment en ce qui concerne les commerçants du secteur informel, qui composent le cœur du tissu économique des pays membres de l'OHADA. Mais il est sans doute de bon ton, si l'on souhaite préserver un bon taux d'efficacité de tels engagements, de les réserver à des entités dotées d'un capital important et accoutumées aux exigences administratives.

II- Efficacité liée aux conditions de formation

Plan. Des conditions nécessaires à la validité de la garantie et de la contre garantie autonomes dans le droit OHADA, deux en particulier sont des éléments favorisant son efficacité. Ce sont les exigences posées quant à la hauteur de l'engagement (A), et celles posées quant à sa durée (B).

A- Limites posées à la hauteur de l'engagement

Limitation stricte. L'AUS, à travers l'article 41, exige que soit déterminé au moment de la souscription de la garantie ou de la contre-garantie autonome, la somme pour laquelle s'engage le garant ou le contre-garant.

En effet, l'article 41 de l'AUS soumet la validité de l'acte de garantie ou de contre-garantie à la mention du montant maximum pour lequel la garantie est accordée¹⁶¹. Le simple caractère déterminable du montant de l'engagement ne serait pas, au regard du texte cité, suffisant pour la conformité de l'acte à cet impératif.

¹⁶¹ Article 41 de l'AUS : « Les garanties et contre-garanties autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité (...) le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie autonome ».

Cette exigence est renforcée au premier alinéa de l'article 44 de l'AUS qui dispose que : « Le garant et le contre-garant ne sont obligés qu'à concurrence de la somme stipulée dans la garantie ou la contre-garantie autonome sous déduction des paiements antérieurs faits respectivement par le garant ou le contre-garant conformément aux termes de leur engagement ».

Intérêt. La limitation claire de l'engagement du garant ou du contre-garant a l'avantage de la clarté et de prévisibilité.

Pour ce qui est de la clarté, le garant ou le contre-garant pourra difficilement essayer d'échapper à ses obligations, en faisant état de son ignorance quant à la réalité de son engagement.

Concernant la prévisibilité, cette limitation permet au garant ou au contre-garant d'être certain de ce pour quoi il s'engage exactement. Il peut ainsi plus facilement évaluer, au regard de son patrimoine, son aptitude à répondre à tout appel en garantie. Mieux préparé à répondre à l'engagement qu'il a pris, et à moins d'une dégradation importante de sa situation patrimoniale entre le moment où il se sera engagé et le moment où il sera appelé en garantie, le garant ou le contre-garant autonome sera plus enclin à assumer, sans contestation, son engagement.

B- L'exigence d'un terme extinctif

Principe de la durée déterminée de l'acte de garantie. A la lecture de l'article 41 de l'AUS, la validité de la garantie ou de la contre-garantie est soumise à la mention d'un terme extinctif. Il dispose en effet que « les garantie et contre garantie autonomes (...) doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité (...) la date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ».

Au regard de ce texte, le terme extinctif prévu à l'acte de garantie ou de contre-garantie peut être certain ou incertain. Il est notamment certain lorsqu'une date précise marque la fin de l'engagement. Il est incertain lorsqu'il dépend d'un fait dont la réalisation est certaine, mais dont on ignore le moment de la survenance.

L'exigence d'un terme extinctif a le mérite de limiter les sources de contestation relatives à la durée de l'engagement. Non seulement l'acte, nécessairement écrit¹⁶², est un obstacle psychologique à toute volonté de contestation de la part du garant ou du contre-garant, mais également, la délimitation de la durée de l'engagement autorise le garant ou le contre-garant à

¹⁶² Article 41 de l'AUS.

adapter temporairement la gestion son patrimoine en vue de pouvoir répondre à un éventuel appel en garantie.

Incertitudes relatives à l'admission des actes à durée indéterminée. Toutefois, il est nécessaire de noter que le droit OHADA semble avoir admis, à l'occasion de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, la possibilité de souscrire une garantie ou une contre-garantie autonome à durée indéterminée, par le biais du troisième alinéa de l'article 43 de l'AUS. Celui-ci dispose que : « Les garantie ou contre-garantie autonomes à durée indéterminée peuvent être révoquées par le garant ou le contre garant respectivement ».

Cette disposition semble rentrer en contradiction avec l'article 41 de l'AUS qui exige, à peine de nullité, que soit mentionné à l'acte de garantie ou de contre-garantie, le fait ou la date entraînant l'expiration de la garantie. Un tel engagement serait donc nul au regard des exigences de forme.

Par ailleurs, l'application aux garanties et contre-garanties autonomes, des mécanismes relatifs aux actes conclus à durée indéterminée pourrait sembler inadaptée. En effet, les actes conclus pour une durée indéterminée, en raison du principe d'interdiction des engagements permanents, ouvrent aux parties, la possibilité de sortir de l'engagement auquel ils ont souscrit, sous réserve de respecter un certain nombre d'exigences dont le plus commun est le respect d'un délai de préavis.

Or laisser la possibilité au garant ou au contre-garant de se libérer ainsi de son engagement ferait naître un climat d'incertitude autour de la garantie ou de la contre-garantie autonome souscrite. La seule parade que pourrait opposer le créancier bénéficiaire de la garantie serait un appel immédiat en garantie en cas de manifestation de souhait de la part du garant ou du contre-garant, de se libérer de son engagement. Ce dernier ne pourrait donc s'en libérer qu'en le réalisant.

SECTION II : ELEMENTS D'INEFFICACITE

Plan. L'analyse des règles relatives à la formation des garanties personnelles telles que décrites dans l'AUS nous permet d'identifier un certain nombre d'éléments défavorables à leur

efficacité, dont les principales sont les incertitudes entourant le cautionnement réel d'une part (§1), les limites affectant l'obligation d'information du garant d'autre part (§2), et enfin la rigueur caractérisant le formalisme lié aux garanties et contre-garanties autonomes. (§3).

§1- Les incertitudes entourant le cautionnement réel

Définition. Le cautionnement réel désigne une situation dans laquelle une personne constitue une sûreté réelle afin de garantir la dette d'un tiers. C'est un mécanisme qui a été source de nombreuses tergiversations en droit français. Résolues en droit français par la Cour de Cassation¹⁶³, les problématiques qu'il soulève continuent de se poser en droit OHADA tant pour ce qui est de sa nature (I) que pour ce qui touche à son régime (II).

I- Nature discutée du cautionnement réel

Possibilités de qualification multiples. La question préalable soulevée par le cautionnement réel est celle de savoir si nous sommes en présence d'une simple sûreté réelle, ou d'un mécanisme mixte alliant cautionnement et sûreté réelle. L'analyse de son fonctionnement permet de dévoiler quatre types de qualifications possibles.

Dans la première figure, le constituant de la sûreté réelle ne souhaite absolument pas se porter personnellement caution. Il aspire seulement à affecter l'un de ses biens en garantie de la dette d'un tiers. En cas de défaillance du débiteur, le constituant n'est pas personnellement tenu au paiement de la dette du débiteur, le créancier devant se payer sur le seul bien affecté en garantie.

La seconde figure consiste en l'addition de deux sûretés totalement indépendantes. Le créancier bénéficie ici d'un cautionnement illimité et d'une sûreté réelle répondant chacun à un régime qui leur est propre. Le défaut de validité d'une de ces sûretés n'aurait aucune incidence sur l'autre. Le créancier pourra décider de les actionner séparément ou en même temps.

La troisième figure fait de la sûreté réelle un accessoire du cautionnement. Ici en effet, la sûreté réelle vient simplement garantir l'engagement de caution. Dans l'hypothèse où le débiteur

¹⁶³ Telle est la voie désormais privilégiée par la jurisprudence française pour qualifier le cautionnement réel. Par un arrêt du 2 décembre 2005, la Cour de Cassation, réunie en chambre mixte a décidé que : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la Cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du code civil n'était pas applicable au nantissement donné par M.B. »

principal serait défaillant, le créancier aurait la possibilité, en vertu du droit de gage général dont il bénéficie sur le patrimoine de la caution, de saisir les biens de celui-ci, de les faire vendre, et de se faire payer sur le prix. En cas de concurrence avec d'autres créanciers saisissants, le créancier pourrait faire jouer un droit de préférence, attaché à toute sûreté réelle, sur le bien affecté en garantie pour se faire payer en priorité. En tant qu'accessoire du cautionnement, la validité de la sûreté réelle dépend de celle du cautionnement. La nullité de la seconde entraînerait celle de la première.

La quatrième figure illustre ce qu'une partie de la doctrine appelle la conception mixte du cautionnement réel. Elle représente un mécanisme hybride né de la fusion entre le cautionnement et la sûreté réelle. En effet, la caution est considérée s'être engagée personnellement dans ce cas, mais seulement dans la limite de la valeur du bien qu'elle a affecté en garantie. La caution réelle sera ici à la fois tenue sur le fondement du cautionnement, et sur le fondement de la sûreté réelle. Le fondement de la sûreté réelle permettra au créancier d'avoir un droit de préférence sur le bien grevé. Tandis que le fondement du cautionnement lui permettra de se prévaloir du droit de gage général dont il dispose sur la caution, plafonné toutefois à la valeur du bien sur lequel porte la sûreté réelle. Le défaut de validité ou d'efficacité de la sûreté réelle ne priverait pas le créancier du droit de gage général dont il bénéficie. Son plafonnement à hauteur de la valeur du bien donné en garantie n'en serait pas modifié.

Choix d'une nature dualiste. A la lecture de l'article 22 de l'AUS, le législateur OHADA semble avoir fait le choix d'envisager les deux dernières figures que nous venons de développer. Ce texte dispose que: « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté »

II- Un régime à préciser

Lacunes du droit OHADA. L'article 22 de l'AUS est le seul texte relatif au cautionnement réel. Le soin n'a pas été pris de préciser le régime auquel il est soumis. Cette lacune n'est évidemment pas de nature à rassurer les créanciers, et participe donc à renforcer le sentiment d'insécurité juridique entourant le droit OHADA.

Sûreté réelle accessoire du cautionnement. Le législateur a d'une part, au sein du droit OHADA, ouvert la possibilité pour toute caution de garantir son engagement personnel par la

constitution de sûretés sur un ou plusieurs de ses biens au profit du créancier¹⁶⁴. Ainsi que nous l'avons précédemment évoqué, la sûreté réelle sera l'accessoire du cautionnement. Ils répondront à deux régimes complètement distincts : celui de la sûreté réelle qui aura été choisie pour l'un, celui du cautionnement pour l'autre.

Cautionnement réel *stricto sensu*. Le législateur OHADA permet d'autre part, à la caution de limiter son engagement, lorsqu'elle a consenti une sûreté sur l'un de ses biens, à la valeur de réalisation de celui-ci. Il s'agit ici du cautionnement réel dit *stricto sensu*. Le Droit OHADA semble consacrer la conception mixte de la nature juridique de ce mécanisme¹⁶⁵.

En insérant le cautionnement réel dans la partie de l'AUS relative aux règles applicables au cautionnement, le législateur OHADA semble indiquer que le mécanisme s'apparente d'abord à une sûreté personnelle. Les règles de formation du cautionnement devraient ainsi être respectées lors de la constitution d'un cautionnement réel. Ce n'est cependant pas l'orientation que donnent l'impression de prendre, les juges de la CCJA, dans l'exercice du pouvoir d'interprétation du contenu des Actes uniformes. Ceux-ci, dans le cadre d'une affaire à l'occasion de laquelle se posait la question de savoir si les règles particulières à la constitution de tout cautionnement consenti par une personne analphabète, devait être étendues aux cas de garanties réelles constituées par des personnes analphabètes pour couvrir la dette de tiers, ont indiqué dans une décision rendue le 27 octobre 2016 que : « Mais attendu que l'article 4 alinéa 3 de l'Acte uniforme précité, dont la violation est invoquée, traite de la formation du cautionnement, sûreté personnelle, alors qu'en l'espèce la sûreté dont la réalisation est entreprise est une sûreté réelle ; que cet article ne pouvant s'appliquer à la sûreté réelle il y a lieu de rejeter également cette dernière branche du moyen unique comme étant non fondé »¹⁶⁶.

Mais le cautionnement réel implique également la constitution d'une sûreté réelle. Ainsi les règles de formation et d'opposabilité de la sûreté réelle devraient être suivies.

Dans le cadre de sa mise en œuvre, le cautionnement réel affiche une nouvelle fois sa particularité par rapport au cautionnement classique. En cas de défaillance du débiteur, la caution devrait répondre de la dette de celui-ci dans la limite de la valeur estimée du bien donné en garantie.

¹⁶⁴ Article 22 alinéa 1^{er} de l'AUS : « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. »

¹⁶⁵ Article 22 alinéa 2 de l'AUS : « elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté. »

¹⁶⁶ CCJA, 27 octobre 2016, n° 156/2016 Abdoulaye Halidou CISSE c/ SOMAPRE et BCS.

Il ne serait pas impossible que la valeur du bien donnée en garantie soit discutée ; dans l'hypothèse notamment où elle serait considérée comme étant inférieure à l'étendue de la dette du débiteur principal. Le créancier, s'estimant insuffisamment désintéressé, pourrait être tenté de saisir le bien donné en garantie. Il serait alors opportun que le juge saisi dans le cadre de la procédure d'exécution soit habilité à se prononcer sur la valeur du bien.

Dans l'hypothèse où la caution n'assumerait pas son engagement, le créancier devrait poursuivre la réalisation de la sûreté réelle, et faire éventuellement jouer les droits de suite et de préférence qui y sont attachés.

Aux incertitudes du cautionnement réel, s'ajoutent les limites affectant l'obligation d'information.

§2 - Caractère limité de l'obligation d'information

L'obligation d'information est une émanation de ce que la doctrine désigne par la notion d'éthique contractuelle. Celle-ci repose sur l'idée selon laquelle en matière contractuelle, les parties doivent collaborer dans le but de faciliter la réalisation de l'objet du contrat auquel elles ont souscrit (I). En droit OHADA des garanties du crédit, des progrès mériteraient d'être effectués sur ce point (II).

I- Obligation d'information dans les garanties

Objet. L'obligation d'information peut s'entendre strictement ou largement selon qu'elle s'étend ou non aux obligations de renseignement et de conseil. Appliquée aux garanties du crédit, elle pourrait être due par le créancier à la caution non seulement au moment de la souscription, mais également pendant la durée du contrat de garantie.

Lorsqu'elle est due au moment de la souscription, et intègre les obligations de renseignement et de conseil, elle a l'avantage d'éclairer le garant sur le sens et l'étendue de son engagement, ainsi que ses conséquences probables. Elle permet donc ici au garant d'être mieux préparé psychologiquement et financièrement à répondre à son engagement en cas de défaillance du débiteur, réduisant ainsi les risques de contestation, et participant par conséquent à l'efficacité de la garantie.

Lorsqu'elle est due au cours de la période de couverture de la garantie, l'obligation d'information permet au garant de prendre régulièrement connaissance de l'évolution de la créance ou de tout incident de paiement du fait du débiteur. Cette information maintient le garant en alerte quant à l'existence de son engagement et l'éventualité d'un appel en garantie. Ce qui réduit d'autant plus les risques de contestation de sa part.

II- Introduction incomplète en droit OHADA

Plan. L'obligation d'information a au sein de l'AUS, uniquement réussi à se faire une place dans le cautionnement (A). Toutefois, ses modalités de mise en œuvre doivent encore être précisées(B).

A- Obligation d'information et cautionnement

Domaine limité. En droit OHADA, l'obligation d'information de la caution par le créancier est réglementée aux articles 24 et 25 de l'AUS. Ces textes organisent une information pendant la durée du contrat de garantie, mais ignorent l'information de la caution au moment de sa souscription.

Information semestrielle. Le premier alinéa de l'article 25 de l'AUS dispose que : « le créancier est tenu, dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du contrat de cautionnement, de communiquer à la caution un état des dettes du débiteur principal précisant leurs causes, leurs échéances et leurs montants en principal, intérêts, et autres accessoires restant dus à la fin du semestre écoulé, en lui rappelant la faculté de révocation par reproduction littérale des dispositions de l'article 19 du présent Acte uniforme ».

Au titre de ce texte, le créancier est contraint d'informer semestriellement la caution de l'évolution de la créance que couvre son engagement. Est attaché à cette obligation un caractère impératif, puisque qu'il est interdit aux parties d'y déroger¹⁶⁷. Mais la sanction qui l'accompagne semble être assez limitée pour que le créancier s'y sente véritablement soumis.

¹⁶⁷ Art. 25 al.3 de l'AUS : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non-écrite ».

En effet, le seul risque auquel fait face le créancier est la privation des intérêts contractuels échus entre la date de la précédente information et celle de la nouvelle information¹⁶⁸.

Information en cas de défaillance du débiteur. L'article 24 de l'AUS quant à lui, indique à son premier alinéa que : « Dans le mois de la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal et restée sans effet, le créancier doit informer la caution de la défaillance du débiteur principal en lui indiquant le montant restant dû par ce dernier en principal, intérêts et autres accessoires à la date de cet incident de paiement ».

Le droit OHADA envisage ici l'information de la caution dans l'hypothèse où surviendrait un incident de paiement. L'exigence posée au titre de cet article à l'avantage de favoriser une réaction rapide de la part de la caution.

Celle-ci pourrait, au regard des relations plus ou moins proches qu'elle entretient avec le débiteur, faire pression pour qu'il exécute son obligation, ou encore lui apporter un soutien ponctuel permettant d'éviter la déchéance du terme¹⁶⁹, qui leur serait sans doute communément préjudiciable.

En outre, la caution, informée de l'incident de paiement survenu, a la possibilité de payer rapidement la dette, évitant ainsi que d'éventuels intérêts de retard et pénalités ne s'y ajoutent.

Cette disposition est d'ordre public, les parties ne pouvant y déroger par convention. Toute clause contraire est, au regard du troisième alinéa de ce texte, réputée non-écrite¹⁷⁰.

Sanction. Cependant, la sanction attachée à cette obligation d'information constitue, par son insuffisance, une faiblesse. Car le créancier est privé de la possibilité de réclamer à la caution les pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de l'incident, et la date à laquelle l'information aura été délivrée¹⁷¹. Les éventuels frais de procédure et dommages et intérêts autres que les intérêts de retard, nés depuis l'incident de paiement, accessoires à la dette principale, et qui pourraient considérablement augmenter la dette, sont cependant préservés.

¹⁶⁸ Art. 25 al.2 de l'AUS : « A défaut d'accomplissement des formalités prévues au présent article, le créancier est déchu, vis-à-vis de la caution, des intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information, sans préjudice des dispositions de l'article 29 du présent Acte uniforme ».

¹⁶⁹ Les contrats de prêt sont souvent assortis d'une clause prévoyant la déchéance du terme dans l'hypothèse où le débiteur ne répondrait pas à une échéance.

¹⁷⁰ Art. 24 al.3 de l'AUS : « Toute clause contraire aux dispositions du présent article est réputée non-écrite ».

¹⁷¹ Art. 24 al.2 de l'AUS : « A défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée ».

En définitive, l'obligation d'information de la caution par le créancier dans le droit OHADA, pèche non seulement par son absence au niveau de la souscription de l'engagement, mais également par la sanction que le législateur communautaire lui attache.

B- Modalités d'application

Lacunes du texte. Le droit OHADA est remarquable quant à son silence lorsqu'il s'agit d'évoquer les moyens à mettre en œuvre pour accomplir régulièrement l'obligation d'information dont les créanciers ont la charge.

Aucune formalité n'étant précisée, il serait tentant d'en conclure que l'obligation d'information exigée en matière de cautionnement pourrait être valablement accomplie par tout moyen. Il suffirait dès lors pour un créancier souhaitant remplir son obligation d'information semestrielle ou celle relative à la défaillance du débiteur, de procéder via l'envoi d'une lettre simple.

Toutefois, il lui serait difficile dans ce cas d'apporter la preuve, en cas de litige, de l'accomplissement de son obligation.

Par conséquent, le moyen le plus sécurisant pour un créancier souhaitant remplir une obligation d'information serait l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception.

§3- Le formalisme rigoureux des garantie et contre-garantie autonomes

Plan. Suite à l'analyse du formalisme lié aux garanties et contre-garanties autonomes (I), nous procéderons à une appréciation de la sanction qui s'y attache (II).

I- Rigueur inopportune du formalisme de la garantie

Caractère exprès de l'engagement. Le législateur communautaire indique à l'article 41 de l'AUS que « les garanties et contre-garantie autonomes ne se présument pas »¹⁷².

¹⁷² Art. 41 de l'AUS : « Les garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Elles doivent être constatées par un écrit mentionnant, à peine de nullité : la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome ; le nom du donneur d'ordre ; le nom du bénéficiaire ; le nom du garant ou du contre-garant ; la convention de base, l'acte ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise ; le montant maximum de la garantie ou de la contre-garantie autonome ; la date ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ; les conditions de la demande de paiement, s'il y a lieu ; l'impossibilité, pour le garant ou le contre-garant, de bénéficier des exceptions de la caution ».

Ainsi, le simple comportement des parties, le contexte dans lequel elles interviennent, ne sauraient suffire à qualifier l'existence d'une garantie ou d'une contre-garantie autonome.

Par conséquent, tout comme en matière de cautionnement, le droit OHADA exige concernant les garantie et contre-garantie autonomes que le consentement soit exprimé de façon expresse.

Le législateur communautaire va même plus loin en imposant pour ce type d'actes la rédaction d'un écrit.

Le législateur communautaire va plus loin, non seulement en imposant que la garantie ou la contre-garantie autonome soit constatée par écrit¹⁷³, mais également en exigeant, à titre de validité, que soient mentionnés dans l'acte de garantie, un certain nombre d'indications.

Mentions obligatoires. La première de celles-ci est la nécessité qui s'impose aux parties de dénommer leur convention « garantie » ou « contre-garantie autonome ». Cette mesure a l'avantage de réduire les conflits, innombrables dans la jurisprudence française, visant à déterminer si la convention conclue par les parties est un cautionnement ou une garantie ou contre-garantie autonome. Car en l'absence de cette dénomination, la qualification de garantie ou contre-garantie autonome serait écartée. Ne seraient a priori éventuellement envisagées que les mécanismes de garantie personnelle voisins, et notamment le cautionnement.

Est également obligatoire l'indication des noms des différentes parties à ces opérations triangulaires que sont les garantie et contre-garantie autonomes. Ainsi, doivent figurer dans la convention « le nom du donneur d'ordre ; le nom du bénéficiaire ; le nom du garant ou du contre-garant »¹⁷⁴.

Doit aussi être identifiée dans la convention, la cause de l'engagement du garant ; c'est-à-dire « la convention de base, l'acte ou le fait, en considération desquels la garantie ou la contre-garantie autonome est émise »¹⁷⁵.

En outre, il est nécessaire de faire apparaître la hauteur maximale de l'engagement du garant ou du contre-garant, la date d'expiration de la garantie ou le fait l'entraînant, les conditions de la demande de paiement¹⁷⁶.

¹⁷³ Art. 41 de l'AUS.

¹⁷⁴ Art. 41 de l'AUS.

¹⁷⁵ Art. 41 de l'AUS.

¹⁷⁶ Art. 41 de l'AUS.

Enfin, doit être rappelé le fait que le garant ou le contre-garant ne puisse bénéficier de l'opposabilité des exceptions autres que celles relevant du contrat de garantie ou contre-garantie autonome¹⁷⁷.

La solennité attachée aux garanties et contre-garanties autonomes apparaît donc assez contraignante.

Opportunité douteuse de la rigueur du formalisme prévu. Dans un sens général, la solennité est envisagée pour certains types d'actes dans le but de protéger le consentement donné par les parties. Elle leur permet notamment de mesurer l'importance et la portée de leur engagement.

Son intérêt ne se pose pas lorsque le consentement protégé est celui de personnes physiques non professionnelles. Il commence à se poser lorsque sont concernées des professionnels personnes physiques, tout en pouvant se justifier par la situation parfois comparable en termes de moyens, des professionnels et des non-professionnels personnes physiques.

Cet intérêt est en revanche assez discutable lorsque le consentement protégé est celui des personnes morales. Celles-ci disposent, notamment sur le territoire OHADA, des moyens nécessaires à la compréhension du sens, de l'importance, et de la portée des engagements qu'elles prennent.

Les garanties et contre-garanties autonomes étant réservées, ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, aux seules personnes morales, l'opportunité du formalisme rigoureux à peine de nullité dont elles sont empruntes est critiquable. Leur efficacité apparaît ici fragilisée, sans que cela ne semble pour autant justifié par un intérêt méritant protection.

II - Formalisme requis *ad validitatem*

Nature de la sanction. Au regard de l'article 41 de l'AUS, le non-respect des mentions obligatoires est sanctionné par la nullité. La nature de cette nullité n'est cependant pas précisée.

La nature unilatérale de cette convention militerait pour le caractère relatif de cette nullité. Mais au titre de l'article 30 de l'AUS initial, dont le texte a été repris à l'article 41 de l'AUS du 15 décembre 2010, la jurisprudence OHADA a fait le choix d'une nullité absolue¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Art. 41 de l'AUS.

¹⁷⁸ CA Abidjan, 21 février 2003, arrêt n°184, SIB c/ Société CORECA, Ohadata, n° J-03-230 : « Suivant l'article 30 de l'acte uniforme sur les sûretés, les conventions de garantie et de contre garantie ne se présument pas. Elles

Sort de l'acte irrégulier. La nature de la nullité de la garantie ou de la contre-garantie autonome ne respectant pas les règles de forme prescrites étant déterminée, se pose la question du sort réservé à l'acte.

Deux options se présentent normalement ici au juge: soit la convention est considérée comme étant totalement nulle, soit elle est requalifiée. La jurisprudence OHADA semble avoir écarté toute possibilité de requalification de la convention, et opté pour sa nullité¹⁷⁹.

Le choix de cette rigueur laisse apparaître une source potentiellement considérable de contestations de la part des garants. Que ces moyens de contestation soient utilisés de façon justifiée ou uniquement à titre dilatoire, leur multiplication met à mal l'efficacité de la garantie.

doivent être constatées par un écrit, mentionnant à peine de nullité: "La dénomination de «lettre de garantie ou de contre garantie à première demande»;

En l'espèce, au lieu de «lettre de garantie à première demande », la Société Ivoirienne de Banque a préféré la dénomination «caution de paiement fournisseur »;

S'agissant de la violation d'une disposition d'ordre public prescrite à peine de nullité, la Cour déclare donc nul ce document ».

¹⁷⁹ CA Abidjan, 21 février 2003, arrêt n°184, SIB c/ Société CORECA, Ohadata, n° J-03-230.

CHAP II : REALISATION DES GARANTIES PERSONNELLES

Premières vues. L'analyse de l'efficacité des garanties personnelles passe nécessairement par l'appréciation de leur capacité à remplir la fonction qui est la leur ; c'est-à-dire éviter au créancier garanti une perte pécuniaire. L'évaluation des règles prévalant à leur réalisation fait apparaître des éléments favorables à l'accomplissement de cette fonction (section I), de même que des éléments qui y sont défavorables (section II).

SECTION I : ELEMENTS D'EFFICACITE

Effets favorables de l'ouverture de recours au garant. Des règles internes à l'AUS, celles qui sont favorables à l'efficacité des garanties personnelles sur le plan de leurs conditions de réalisation ont principalement trait aux moyens de recours dont disposent les garants à l'encontre des débiteurs principaux. En effet, l'existence de moyens de recours efficaces contre le débiteur principal réduit la probabilité que le garant subisse une perte pécuniaire définitive en répondant à un éventuel appel en garantie. Par conséquent l'exécution volontaire du garant s'en trouve facilitée, améliorant ainsi l'efficacité objective de la garantie. Du point de vue des garanties personnelles, parmi ces moyens de recours, certains peuvent être exercés par le garant avant d'effectuer le paiement au créancier (§1), d'autres pouvant l'être après le paiement (§2).

§1- Recours avant paiement

Plan. Le recours avant paiement n'est possible, lorsque l'on aborde les garanties personnelles, qu'en matière de cautionnement (I). Les cas d'ouverture de ce recours sont toutefois limitatifs (II).

I- Un recours réservé au cautionnement

Périmètre du recours. Au regard de l'AUS, le recours avant paiement n'est admis que lorsque la garantie souscrite est un cautionnement. En effet prévu à l'article 35 de l'AUS, le recours avant paiement de la caution n'a pas d'équivalent en matière de garantie et de contre-garantie autonomes. Ce texte dispose notamment que :

« La caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier : dès qu'elle est poursuivie ; lorsque le débiteur est en état de cessation de paiement ou en déconfiture ; lorsque le débiteur ne l'a pas déchargée dans le délai convenu ; lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée »¹⁸⁰.

L'article 35 de l'AUS envisage la quasi-totalité des situations dans lesquelles il est permis à la caution d'exercer un recours avant paiement. Il est complété en cela par le troisième alinéa de l'article 23 de l'AUS : « La prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier doit être notifiée par ce dernier à la caution. Celle-ci est en droit de refuser le bénéfice de cette prorogation et de poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ou obtenir une garantie ou une mesure conservatoire »¹⁸¹.

Le recours avant paiement de la caution bénéficie, au regard des articles 35 et 23 alinéa 2 de l'AUS, à tous les types de cautions, et ne peut être exercé que contre le débiteur principal. Ainsi, les codébiteurs solidaires et les cofidélus échappent au risque d'en être l'objet.

II- Cas d'ouverture du recours avant paiement

Plan. Les cas d'ouverture du recours avant paiement de la caution dans le droit OHADA peuvent être réunis en deux groupes : ceux qui sont admis lorsque la caution risque d'être

¹⁸⁰ L'article 35 de l'AUS reproduit largement l'article 2309 du Code civil français qui prévoit que : « La caution, même avant d'avoir payé, peut agir contre le débiteur, pour être par lui indemnisée : 1° Lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement ; 2° Lorsque le débiteur a fait faillite ou est en déconfiture ; 3° Lorsque le débiteur s'est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps ; 4° Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme sous lequel elle avait été contractée ; 5° Au bout de dix années, lorsque l'obligation principale n'a point de terme fixe d'échéance, à moins que l'obligation principale, telle qu'une tutelle, ne soit pas de nature à pouvoir être éteinte avant un temps déterminé ».

¹⁸¹ Le législateur OHADA s'inspire particulièrement ici de l'article 2316 du Code civil français qui dispose : « La simple prorogation du terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement ».

prochainement contrainte au paiement (A), ceux qui sont admis lorsque l'engagement de la caution se poursuit au delà des prévisions initiales (B).

A- Imminence du paiement

Diversité des cas. La première catégorie de cas d'ouverture du recours avant paiement de la caution en droit OHADA réunit trois situations. Il s'agit des cas de poursuites engagées contre la caution (1), des cas de constats de cessation de paiement ou de déconfiture du débiteur (2), des cas d'exigibilité frappant la dette suite à l'échéance du terme prévu par les parties (3).

1- Poursuite de la caution

Action jointe ou distincte. La possibilité pour la caution d'exercer un recours avant paiement à l'encontre du débiteur principal lorsqu'elle fait l'objet de poursuites de la part du créancier est la première hypothèse admise à l'article 35 de l'AUS¹⁸².

Le recours de la caution peut ici faire l'objet d'une action distincte et indépendante des poursuites dont elle fait l'objet ; ou alors prendre la forme d'un appel en garantie du débiteur principal, obligeant ce dernier à participer à l'instance à laquelle elle a été elle-même assignée ; favorisant ainsi une économie en termes de délais et de frais de procédure.

2- Cessation de paiement ou déconfiture

Notions. La cessation de paiement est une notion utilisée pour désigner l'état d'une entreprise qui se retrouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹⁸³. Elle est la condition *sine qua non* de l'ouverture de toute procédure de redressement judiciaire ou de liquidation¹⁸⁴.

¹⁸² Cour d'Appel de Daloa, Arrêt n° 115 du 28 juillet 2005, Affaire : DBY c/ GVC WADAMA, Ohadata J-07-04 : « Attendu qu'au terme de l'article 24 de l'acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, la caution peut agir en paiement contre le débiteur principal ou demander la conservation de ses droits dans le patrimoine de celui-ci, avant même d'avoir payé le créancier dès qu'elle est poursuivie... »

¹⁸³ R. Cabrillac, Le dictionnaire du vocabulaire juridique, LexisNexis 2013.

¹⁸⁴ Article 25 alinéa 1^{er} de l'A.U portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif : « le débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible doit faire une déclaration de cessation des paiements aux fins d'obtenir l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, quelle que soit la nature de ses dettes ».

Le terme déconfiture désigne quant à lui l'« état d'insolvabilité notoire d'un débiteur civil ne déclenchant aucune procédure collective de règlement du passif et produisant seulement des effets limités aux rapports du débiteur endetté avec chacun de ses créanciers »¹⁸⁵.

Enjeux. Ainsi, la seconde hypothèse envisagée à l'article 35 de l'AUS permet à la caution d'exercer un recours avant paiement contre le débiteur qui se trouve dans une situation financière irrémédiablement compromise¹⁸⁶, et dont il ne fait aucun doute qu'elle soit dans l'incapacité de régler la dette garantie.

La situation financière du débiteur principal étant désastreuse, il est logique que le recours de la caution ne vise pas ici à recevoir un paiement de sa part. La caution aurait en effet une chance simplement hypothétique de recevoir un paiement.

En présence d'un débiteur professionnel, l'état de cessation de paiement entraînerait l'ouverture d'une procédure collective, et la caution se verrait opposer le principe d'interdiction des poursuites individuelles qui en est la conséquence¹⁸⁷.

Le recours de la caution se fera ici sous la forme d'une déclaration de sa créance à la procédure. Cette déclaration pourra non seulement porter sur la créance de remboursement éventuelle qu'elle détient à l'égard du débiteur principal au titre de son droit à un recours personnel, mais également sur les potentiels dommages et intérêts consécutifs à la défaillance du débiteur.

En présence d'un débiteur civil, aucune interdiction de poursuites individuelles n'a été prévue par le législateur OHADA. Il n'en demeure pas moins que tout recours en paiement serait sans doute voué à l'échec. Par conséquent, le recours de la caution aura simplement pour objectif la conservation de ses droits. Il pourra être effectué par le biais de saisies conservatoires ou de sûretés judiciaires selon les formes prévues par le Droit OHADA.

3- Exigibilité de la dette

Enjeux. Lorsque la dette cautionnée est devenue exigible suite à la survenance du terme sous lequel elle a été contractée, la caution a la possibilité d'exercer un recours anticipé à l'encontre

¹⁸⁵ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2014.

¹⁸⁶ La cessation de paiement se rattache à la situation des débiteurs commerciaux, tandis que la déconfiture se rattache à la situation des débiteurs civils.

¹⁸⁷ Article 75 alinéa 1^{er} de l'AUS : « La décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur ».

du débiteur principal. Dans cette hypothèse, le recours de la caution prend la forme d'une action en paiement classique ou d'une demande de mesures conservatoires.

Au regard des hypothèses développées précédemment, ce cas d'ouverture présente un intérêt lorsque la dette étant devenue exigible, le créancier fait preuve de négligence en tardant à revendiquer le paiement de sa créance. Le risque de voir la solvabilité du débiteur principal se dégrader, volontairement ou involontairement, pourrait alors pousser la caution à agir. De ce point de vue, il y a une forme de proximité avec la seconde catégorie de cas d'ouverture du recours anticipé de la caution.

B- Le prolongement de l'engagement

Situations envisagées. La seconde catégorie de cas d'ouverture du recours avant paiement de la caution réunit deux situations : il s'agit du non-respect par le débiteur principal d'un délai convenu de décharge de la caution (1), et de la prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier (2).

1- Non-respect du délai de décharge

Cadre de la mise en œuvre. Dans le cadre de leurs relations contractuelles, le débiteur principal et la caution peuvent convenir d'un délai à l'issue duquel le premier devra rapporter au second sa décharge. Le non-respect de cet engagement peut servir de base à un recours anticipé de la caution, sous la forme d'une action en paiement ou de mesures conservatoires, que le délai de décharge survienne antérieurement ou postérieurement à la date d'exigibilité de la dette.

Le risque apparaissant ici est que consécutivement à une action en paiement concluante de la part de la caution, le créancier agisse lui aussi contre le débiteur principal au moment où la dette devient exigible, et obtienne de celui-ci un second paiement.

2- Prorogation du terme

Cadre d'exercice. Cette hypothèse est la seule qui soit prévue par le législateur OHADA hors de l'article 35 de l'AUS, puisqu'elle figure au second alinéa de l'article 23 de l'AUS. Il s'agit ici du cas assez fréquent dans lequel le créancier, à l'échéance de la dette, accorde un délai

supplémentaire au débiteur principal. La caution, qui ne peut ni être libérée de son engagement, ni être appelée en garantie en raison du caractère accessoire attaché au cautionnement, se voit offrir la possibilité de forcer le débiteur principal au paiement, de manière à dissiper les inquiétudes relatives au risque d'insolvabilité.

§2- Recours après paiement

Caractère commun du recours. Le recours après paiement est, en matière de garanties personnelles, commun au cautionnement et à la garantie ou contre-garantie autonome. En effet, l'AUS prévoit en son article 48 que « le garant ou le contre-garant qui a fait un paiement conformément aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre ».

Deux types de recours peuvent être distingués : le recours subrogatoire (I), et le recours personnel (II). L'AUS envisage les conditions auxquelles le garant peut en perdre le bénéfice (III).

I- Le recours subrogatoire

Notion. Le terme subrogation est utilisé pour désigner la substitution d'un rapport de droit, d'une personne par une autre, dont elle pourra exercer les droits¹⁸⁸¹⁸⁹. Le recours subrogatoire du garant personnel est prévu au premier alinéa de l'article 31 de l'AUS qui dispose que : « La caution est subrogée dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier »¹⁹⁰.

L'exercice de ce recours doit répondre à un certain nombre de conditions (A), et l'étendue de ses effets mérite d'être précisée (B).

¹⁸⁸ Il s'agit plus précisément ici de subrogation personnelle ; la subrogation réelle consistant à remplacer dans un rapport de droit, une chose par une autre, soumise au même régime.

¹⁸⁹ R. Cabrillac, Le dictionnaire du vocabulaire juridique, LexisNexis 2013.

¹⁹⁰ Ce texte a pour équivalent l'article 2306 du Code civil français : « La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur ».

A- Conditions du recours subrogatoire

Parties à l'instance. Le recours subrogatoire est ouvert à tout garant personnel, qu'il soit simple ou solidaire. Il doit être exercé à l'encontre de toute personne contre laquelle le créancier aurait pu exercer un recours au titre de la créance payée par le garant. Il s'agit en principe du débiteur principal. Dans l'hypothèse où il y aurait une pluralité de débiteurs principaux, le garant a la possibilité d'agir contre chacun d'entre eux¹⁹¹.

Le paiement : condition principale. Le recours subrogatoire nécessite l'existence préalable d'un paiement fait par le garant au créancier. Ce paiement peut porter sur la totalité de la dette, et satisfaire ainsi complètement le créancier. Il peut également arriver que le paiement effectué par le garant ne recouvre qu'une partie de la dette.

Dans cette situation, naît un risque de concours entre le recours subrogatoire du garant, et l'action du créancier à l'encontre du débiteur principal. Contrairement à ce qui a été fait pour le recours personnel du garant¹⁹², le législateur OHADA n'a pas envisagé de solution pour une telle difficulté.

En droit français, cette problématique est réglée à l'article 1252 du Code civil¹⁹³. Au regard de ce texte, le créancier qui n'a reçu qu'un paiement partiel de la part de la caution, sera en cas de concours entre son action en paiement dirigée contre le débiteur principal pour le reliquat, et le recours subrogatoire de la caution, désintéressé par préférence à ce dernier. Une telle solution serait parfaitement transposable en droit OHADA. Bien évidemment un tel avantage bénéficiant du garant personnel, car allant dans le sens de la préservation de ses droits, il pourrait faire le choix d'y renoncer par convention.

¹⁹¹ Article 31 alinéa 2 de l'AUS : « S'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution est subrogée contre chacun d'eux pour tout ce qu'elle a payé, même si elle n'en a cautionné qu'un. Si les débiteurs sont conjoints, elle doit diviser ses recours ».

¹⁹² Article 32 alinéa 2 de l'AUS : « S'il y a eu cautionnement partiel, le créancier ne peut, pour le reliquat, être préféré à la caution qui a payé et agi en vertu de son recours personnel. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

¹⁹³ Article 1252 du Code civil français : « la subrogation établie par les articles précédents a lieu, tant contre les cautions que contre les débiteurs : elle ne peut nuire au créancier lorsqu'il n'a été payé qu'en partie ; en ce cas, il peut exercer ses droits, pour ce qui lui reste dû, par préférence à celui dont il n'a reçu qu'un paiement partiel ».

B- Effets du recours subrogatoire

Plan. Lorsque le garant exerce un recours subrogatoire, il est placé dans les mêmes conditions que le créancier qu'il a désintéressé (1). Lorsqu'il y a une pluralité de débiteurs principaux, la particularité des effets du recours subrogatoire du garant personnel mérite d'être soulignée (2).

1- Débiteur unique

Bénéfice des mêmes droits et garanties que le créancier. La subrogation prévue à l'article 31 de l'AUS permet au garant personnel de bénéficier des mêmes droits et garanties que le créancier suite à son paiement.

Concernant les droits, le recours subrogatoire du garant personnel ne peut porter que sur la somme versée au créancier. Celle-ci correspond en cas de satisfaction totale du créancier, au principal de la dette, aux intérêts produits avant le paiement, ou encore aux frais engagés par le créancier pour recouvrer sa créance. Le garant ne peut par conséquent, sur la base de ce recours, obtenir le versement de dommages et intérêts nés après le paiement¹⁹⁴.

Par ailleurs, le recours subrogatoire du garant personnel est enfermé dans le délai de prescription auquel était soumis le créancier. Le paiement n'ayant aucun effet interruptif, le délai de recours dont dispose le garant pour faire valoir ses droits au titre de la subrogation s'en trouve généralement raccourci.

Concernant les garanties, la créance est transférée au garant avec ses accessoires. Ainsi, le garant recueille les différents privilèges et sûretés dont bénéficiait le créancier avant le paiement.

2- Pluralité de débiteurs

Principe de la division des recours. Le second alinéa de l'article 31 de l'AUS apporte des précisions sur les effets du recours subrogatoire du garant personnel dans l'hypothèse où celui-

¹⁹⁴ En droit français, il est admis que le recours subrogatoire porte également sur les intérêts légaux produits après paiement : Cass. Fr. Civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 00-12.703 : « La subrogation est à la mesure du paiement ; le subrogé ne peut prétendre, en outre, qu'aux intérêts produits au taux légal par la dette qu'il a acquittée ».

ci paie une dette liant plusieurs débiteurs. Le sort du recours subrogatoire peut être différent selon que ces débiteurs sont conjoints ou solidaires.

Lorsque les débiteurs sont conjoints, le garant se doit de diviser ses recours entre chacun des débiteurs. Cette division se fait en principe, en l'absence de répartition conventionnelle différente de la dette, par parts viriles.

Lorsque les débiteurs sont solidaires, le garant peut exercer un recours subrogatoire contre l'un quelconque d'entre eux pour la totalité de la somme payée, qu'il ait garanti ou non l'ensemble des débiteurs.

II- Le recours personnel

Cumul des recours. Outre le recours subrogatoire, le législateur OHADA a accordé au garant un recours dit personnel. Ce recours personnel est prévu à l'article 32 de l'AUS qui dispose, en son premier alinéa, que : « La caution qui a payé a, également, un recours personnel contre le débiteur principal pour ce qu'elle a payé en principal, en intérêts de cette somme et en frais engagés depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal les poursuites dirigées contre elle. Elle peut, en outre, réclamer des dommages-intérêts pour réparation du préjudice subi du fait des poursuites du créancier ». L'analyse de ce texte permet de faire ressortir les conditions (A) et les effets (B) du recours personnel du garant.

A- Conditions du recours personnel

Parties à l'instance. Tout comme le recours subrogatoire, le recours personnel peut être exercé par tout garant personnel, simple ou solidaire, à l'encontre du débiteur principal ou des débiteurs lorsque plusieurs personnes sont liées par la dette.

Le paiement. Le paiement est ici également le préalable nécessaire au recours personnel du garant. Ce paiement peut satisfaire partiellement ou totalement le créancier.

Lorsque le créancier ne reçoit qu'un paiement partiel de la part du garant, le premier, au titre de l'action en paiement du reliquat de sa créance, et le second, au titre de son recours personnel, peuvent se retrouver en concurrence. Le législateur OHADA a, au second alinéa de l'article 32 de l'AUS, pris position face à une telle difficulté. En effet, ce texte indique que « s'il y a eu

cautionnement partiel, le créancier ne peut, pour le reliquat, être préféré à la caution qui a payé et agi en vertu de son recours personnel. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

Ainsi, contrairement au recours subrogatoire, le garant personnel qui n'a payé qu'une partie de la dette est placé, lorsqu'il exerce un recours personnel, dans une position d'égalité par rapport au créancier. Le législateur OHADA en a d'ailleurs fait une règle d'ordre public ; puisque toute clause qui contrarierait cette égalité serait réputée non-écrite.

B- Effets du recours personnel

Plan. Le recours personnel du garant affiche par rapport au recours subrogatoire, du point de vue des effets qu'il produit, un certain nombre de forces, mais aussi de faiblesses (1). Les particularités de ce recours peuvent également être observées lorsqu'il y a une pluralité de débiteurs (2).

1- Débiteur unique

Etendue de l'assiette. Comparativement au recours subrogatoire, le recours personnel porte sur une assiette plus étendue. En effet, le recours personnel du garant peut à la fois porter sur le principal, c'est-à-dire la somme effectivement versée au créancier, sur les intérêts produits par cette somme depuis le paiement, sur les frais engagés par le garant depuis la dénonciation faite au débiteur principal des poursuites dirigées contre lui, et enfin sur les dommages-intérêts dus au titre du préjudice subi par le garant du fait des poursuites du créancier¹⁹⁵. Par conséquent, le recours personnel du garant peut lui permettre d'obtenir une somme plus importante qu'à la suite d'un recours subrogatoire.

Cependant, le recours personnel ne permet pas au garant de bénéficier des accessoires attachés à la créance. Le garant est donc dans l'impossibilité, lorsqu'il exerce un recours personnel, de tirer avantage des éventuels privilèges et sûretés liés à la dette payée. Placé donc dans la position d'un créancier chirographaire, d'autres créanciers pourraient lui être préférés en cas de concours. Les chances qu'a le garant d'être satisfait paraissent ainsi moins importantes que lorsqu'il exerce un recours subrogatoire.

¹⁹⁵ Article 32 de l'AUS.

Délai de prescription avantageux. Toutefois, il est intéressant de noter que le garant, n'exerçant pas dans le cadre d'un recours personnel les droits du créancier, bénéficie d'une prescription qui lui est propre, et qui court normalement à compter du paiement effectué au créancier.

2- Pluralité de débiteurs

Lacunes du texte. Contrairement à ce qui a été prévu pour le recours subrogatoire, les suites du recours personnel en cas de pluralité de débiteurs n'ont pas été envisagées par le législateur OHADA. Il ne serait pas inenvisageable d'appliquer par analogie les règles prévues pour le recours subrogatoire au recours personnel lorsque le garant fait face à une pluralité de débiteurs.

Pistes de solutions. Il faut néanmoins rappeler qu'alors que le recours subrogatoire permet de bénéficier des droits qui étaient ceux du créancier au moment du paiement, l'autorisant ainsi à agir à l'encontre de l'ensemble des débiteurs, qu'ils les aient ou non tous cautionnés, le recours personnel est fondé sur le rapport liant directement le garant aux débiteurs¹⁹⁶.

Par conséquent, si le recours personnel du garant à l'encontre des débiteurs cautionnés ne semble pas poser de difficulté, celui exercé à l'encontre des débiteurs non cautionnés pourrait prêter à débat.

Lorsque, par son engagement, le garant personnel a couvert l'ensemble des débiteurs, il est contraint de diviser son recours dans l'hypothèse où ceux-ci sont conjoints, mais il a la possibilité de poursuivre l'un quelconque des débiteurs pour la totalité de la somme réclamée dans l'hypothèse où ceux-ci sont solidaires.

Lorsque, par son engagement, le garant ne couvre qu'une partie des débiteurs, il ne devrait pouvoir exercer son recours personnel qu'à l'encontre de ceux qui ont été garantis, car n'entretenant pas avec les autres de lien direct ; que les débiteurs soient conjoints ou solidaires.

¹⁹⁶ Généralement, le garant s'engage à l'égard du créancier sur demande du débiteur principal ou du donneur d'ordre. Ce rapport est souvent qualifié de mandat, et justifie l'existence du recours personnel du garant. Il peut également arriver, en matière de cautionnement, que le garant s'engage sans ordre du débiteur principal, ainsi que l'envisage le second alinéa de l'article 13 de l'AUS. Le rapport, non contractuel, sauf ratification de la part du débiteur, est généralement qualifié de gestion d'affaires. Ce qui constitue l'autre justification du recours personnel.

III- Perte des recours

Possibilité de cumul des recours. L'exercice, par le garant personnel d'un recours à l'encontre du débiteur principal peut soulever la question du cumul des deux types de recours dont il dispose. En l'absence de texte écartant cette possibilité au sein des Actes uniformes, une réponse affirmative devrait s'imposer. Ce qui pourrait permettre au garant de tirer à la fois profit des avantages du recours subrogatoire et de ceux du recours personnel.

Conditions de perte de recours. Toutefois, il semble important de noter que le garant doit composer avec le risque de perte de son recours après paiement. En effet, la perte du recours après paiement de la caution est envisagée à l'article 30 de l'AUS, qui en précise les conditions. Ce texte dispose que : « La caution doit aviser le débiteur principal ou le mettre en cause avant de payer la dette au créancier poursuivant. Si la caution a payé sans avoir averti ou mis en cause le débiteur principal, elle perd son recours contre lui si, au moment du paiement par elle ou postérieurement à ce paiement, le débiteur avait le moyen de faire déclarer la dette éteinte ou s'il avait payé dans l'ignorance du paiement de la caution. Néanmoins, la caution conserve son action en répétition contre le créancier ».

Les conditions de cette perte de recours semblent être étroitement liées aux modalités de mise en œuvre du cautionnement, et incompatibles avec celles de la garantie ou contre-garantie autonome. La perte des recours prévue à l'article 30 de l'AUS pour le cautionnement, ne peut par conséquent être transposée à la garantie ou contre-garantie autonome.

Deux cas de déchéance du recours après paiement de la caution semblent se détacher, à la lecture de l'article 30 de l'AUS. Ces deux cas partagent une condition commune et présentent chacun leur particularité.

Condition commune. La caution prend le risque de perdre son recours après paiement lorsqu'elle paie le créancier sans avoir préalablement averti ou mis en cause le débiteur principal. Le Législateur OHADA n'opère pas ici de distinction selon que ce paiement est consécutif ou non aux poursuites du créancier. Ainsi, que la caution paie la dette volontairement, ou suite aux poursuites du créancier, il a l'obligation d'en avvertir le débiteur principal.

Conditions particulières. Deux situations distinctes peuvent faire disparaître le recours de la caution à l'encontre du débiteur principal lorsqu'elles viennent en complément de la condition commune.

Il s'agit dans un premier temps du cas dans lequel, au moment où le paiement a été effectué par la caution, ou postérieurement à ce paiement, le débiteur principal avait le moyen de faire déclarer la dette éteinte.

Il s'agit dans un second temps du cas dans lequel, le débiteur principal a payé le créancier, ignorant que ce dernier avait déjà reçu un paiement de la part de la caution pour la même dette.

En cas de perte de son recours après paiement, la caution ne se retrouve néanmoins pas complètement démunie. En effet, l'article 30 *in fine* de l'AUS¹⁹⁷ met en évidence le droit dont elle dispose d'exercer une action en répétition de l'indu contre le créancier.

SECTION II : ELEMENTS D'INEFFICACITE

Plan. L'évaluation des règles relatives à la réalisation des garanties personnelles dans le droit OHADA nous permet d'effectuer le constat selon lequel, autant en matière de cautionnement (§1) qu'en matière de garantie ou contre-garantie autonome (§2), de nombreuses dispositions pourraient représenter un frein à la pleine efficacité des garanties.

§1- Eléments propres au cautionnement

Eléments identifiés. Parmi les sources potentielles d'inefficacité du cautionnement, nous pouvons compter le principe d'opposabilité des exceptions appartenant au débiteur principal (I), ou encore le bénéfice de subrogation (II).

I- Opposabilité des exceptions appartenant au débiteur principal

Plan. Le droit OHADA permet à la caution de bénéficier des exceptions inhérentes à la dette appartenant au débiteur (A). Cet avantage accordé à la caution est l'émanation du principe du caractère accessoire associé au contrat de cautionnement. Il apparaît toutefois que le législateur OHADA s'engage au-delà des limites de ce simple caractère accessoire (B).

¹⁹⁷ Article cité plus haut.

A- Exceptions inhérentes à la dette

Domaine. L'AUS, au premier alinéa de son article 29, pose le principe selon lequel « Toute caution ou tout certificateur de caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette sous réserves des dispositions des articles 17 et 23, alinéas 3 et 4 du présent Acte uniforme et des dispositions particulières de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ».

Par opposition à l'article 2313 du Code civil français¹⁹⁸, l'article 29 de l'AUS n'opère pas de distinction entre les exceptions dites « inhérentes à la dette » et les exceptions dites « purement personnelles au débiteur »¹⁹⁹.

On parle d'exceptions inhérentes à la dette pour désigner les moyens de défense dont dispose le débiteur principal à l'encontre du créancier, et qui sont directement liés à l'obligation même. Ce sont des moyens de défense qui peuvent « produire des effets sur l'existence, la validité, ou les modalités de la dette principale »²⁰⁰.

Conditions d'opposabilité. L'article 29 de l'AUS précise en son alinéa 1^{er} que les exceptions qui peuvent être opposées par la caution au créancier sont celles qui tendent à réduire, éteindre, ou différer la dette.

En ce qui concerne l'extinction ou la réduction de la dette, le premier alinéa de l'article 36 de l'AUS vient confirmer la possibilité qu'a la caution de s'en prévaloir à l'encontre du créancier. Ce texte dispose en effet que : « l'extinction totale ou partielle de l'obligation principale entraîne, dans la même mesure, celle de l'engagement de la caution ». Il convient par

¹⁹⁸ Article 2313 du Code civil français : « La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette. Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ».

¹⁹⁹ Avant un arrêt du 8 juin 2007 rendu en Chambre mixte par la Cour de Cassation française, il était admis par la doctrine majoritaire que pouvaient être considérées comme inhérentes à la dette toutes les exceptions que pouvait soulever le débiteur principal à l'encontre du créancier et qui avaient un effet sur l'existence, la validité, et les modalités de la dette, y compris les vices du consentement, exception faite des hypothèses d'incapacité. Par cet arrêt, la Cour de Cassation française exclut le dol des exceptions inhérentes à la dette, et semble associer à cette exclusion tous les vices du consentement sanctionnés par une nullité relative : « Mais attendu que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal ; que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à une recherche dont il n'est pas justifié qu'elle ait été demandée, a, par motifs propres et adoptés, retenu exactement, que M. X... qui n'avait pas été partie au contrat de vente du fonds commerce, n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle ».

²⁰⁰ P. CROCCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, Lamy, 2012, n° 115.

conséquent de définir les causes d'extinction ou de réduction de la dette sur lesquelles pourrait s'appuyer la caution face au créancier.

Assez curieusement, l'AUS n'en envisage que deux : la dation en paiement et la novation. En effet, l'article 36 de l'AUS, en ses alinéas 2 et 3, prévoit que : « La dation en paiement libère définitivement la caution, même si le créancier est ensuite évincé de la chose acceptée par lui. Toute clause contraire est réputée non écrite. La novation de l'obligation principale par changement d'objet ou de cause, la modification des modalités ou sûretés dont elle était assortie libère la caution à moins qu'elle n'accepte de reporter sa garantie sur la nouvelle dette. Toute clause contraire stipulée avant la novation est réputée non écrite ».

Nous pouvons sans risque de nous tromper y ajouter d'autres causes d'extinction ou de réduction de la dette telles que : le paiement effectué par le débiteur principal, qu'il soit total ou simplement partiel ; la compensation totale ou partielle entre le créancier et le débiteur principal, s'ils se retrouvent bien entendu à un moment réciproquement créanciers et débiteurs l'un de l'autre; les remises volontaires de dettes consenties par le créancier au débiteur principal ; la survenance d'une confusion entre les personnes du créancier et du débiteur principal ; la prescription de la créance ; la nullité de l'obligation du débiteur principal ; et enfin la résolution²⁰¹.

Quant aux exceptions qui tendent à différer la dette, il s'agit principalement des délais accordés au débiteur principal pour régler sa dette. Il ne fait pas de doute que les délais supplémentaires octroyés volontairement par le créancier au débiteur principal profitent également à la caution. Mais dès lors que ceux-ci ne sont plus volontaires, ou sont le fait de mesures prises dans le cadre de procédures collectives, la caution ne devrait pas en bénéficier.

B- Influence accentuée du caractère accessoire

Particularité du droit OHADA. La possibilité qu'a la caution d'opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette est un écart au principe de relativité des conventions qui représente, par rapport à la garantie ou contre-garantie autonome, la principale faiblesse du

²⁰¹ Le Droit français énumère les causes d'extinction des obligations à l'article 1234 du Code civil : « Les obligations s'éteignent : par le paiement ; par la novation ; par la remise volontaire ; par la compensation ; par la confusion ; par la perte de la chose ; par la nullité ou la rescision ; par l'effet de la condition résolutoire, qui a été expliquée au chapitre précédent ; et par la prescription, qui fera l'objet d'un titre particulier ».

cautionnement. C'est une manifestation du caractère accessoire accentué du cautionnement par rapport aux autres garanties.

En droit OHADA, les effets du caractère accessoire du cautionnement ont une étendue particulière, notamment du point de vue des dettes cautionnées susceptibles d'être frappées de nullité.

Position classiquement admise en droit français. En effet, il est classiquement admis, dans l'hypothèse où la dette est entachée de nullité absolue, que la caution puisse s'en prévaloir pour se défaire de son engagement. Il importe peu ici que le débiteur principal l'ait préalablement invoqué pour que la caution en bénéficie. Car la nullité absolue sanctionne l'infraction à une règle visant à protéger l'intérêt général et peut être demandée par tout intéressé.

Dans l'hypothèse où la dette est entachée d'une nullité relative, celle-ci sanctionnant la violation d'une mesure visant à protéger une certaine catégorie de personnes, seules peuvent en principe l'invoquer les personnes destinataires de la mesure de protection à laquelle la nullité est attachée. Ce qui devrait normalement priver la caution de la possibilité d'invoquer la nullité relative de la dette, du moins tant que le débiteur principal ne s'en est pas prévalu²⁰².

Position du droit OHADA. En Droit OHADA, la situation de la caution se distingue assez remarquablement lorsque la dette est entachée d'une nullité relative. Car non seulement la caution, pour se libérer de son engagement, dispose de la possibilité d'invoquer la nullité relative de l'obligation avant même que le débiteur principal ne s'en prévale, mais cette faculté lui est maintenue lorsque le débiteur principal décide de confirmer l'obligation entachée de nullité. La caution a alors la liberté d'y renoncer.

Cette particularité apparaît au premier alinéa de l'article 17 de l'AUS qui dispose que : « le cautionnement ne peut exister que si l'obligation principale garantie est valablement constituée. Toutefois, il est possible de cautionner, en parfaite connaissance de cause, les engagements d'un incapable. La confirmation, par le débiteur, d'une obligation entachée de nullité relative, ne lie pas la caution, sauf renonciation expresse, par la caution, à cette nullité ».

Le législateur y pose également les conditions de validité du cautionnement de l'engagement d'un incapable. Celui-ci ne peut être valable que si la caution avait conscience, au moment de

²⁰² En Droit français, la caution a la possibilité de se prévaloir de la nullité relative de la dette avant même que le débiteur principal ne l'invoque à l'encontre du créancier. Seule la confirmation de l'obligation par le débiteur principal prive la caution de cette possibilité de voir éteint son engagement.

son engagement, de la situation du débiteur principal. Il est entaché de nullité relative dans le cas contraire, et est soumis aux règles précédemment développées.

II- Le bénéfice de subrogation

Un régime insuffisamment organisé. Le bénéfice de subrogation est sans doute l'une des sources d'inefficacité du cautionnement dont le créancier a le plus à craindre. Il est prévu par le législateur OHADA aux second et troisième alinéas de l'article 30 de l'AUS. Il y est affirmé, pour ce qui est du second alinéa, que : « La caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer, en sa faveur, par le fait du créancier. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Le troisième alinéa précise quant à lui que : « Si le fait reproché au créancier limite seulement cette subrogation, la caution est déchargée à concurrence de l'insuffisance de la garantie conservée ».

Le second alinéa de l'article 30 de l'AUS est une reprise, légèrement modifiée, de l'article 2314 du Code civil français²⁰³. Cette cause d'inefficacité du cautionnement, dont la dénomination traditionnelle est contestée par une large part de la doctrine française, préconisant, selon les auteurs, les expressions « exception de défaut de subrogation »²⁰⁴, « bénéfice de non subrogation »²⁰⁵, « perte du bénéfice de subrogation »²⁰⁶, est loin d'avoir fait l'objet de précisions textuelles suffisantes quant à ses modalités d'application, tant en droit français qu'en droit OHADA. En Droit français, la jurisprudence s'est chargée de compléter le régime du bénéfice de subrogation. En Droit OHADA, la jurisprudence est, sur le sujet, quasiment inexistante. Par conséquent, un regard approfondi sur l'interprétation de l'article 2314 du Code civil français nous sera fortement utile pour définir à la fois les conditions (A) et les effets (B) du bénéfice de subrogation en Droit OHADA.

²⁰³ Article 2314 du Code civil français : « La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

²⁰⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND et M-N JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, Sirey, 4^e édition, n° 627.

²⁰⁵ P. SIMLER et P. DELEBECQUE, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 6^e édition, n° 259.

²⁰⁶ P. CROCQ, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, Lamy, n° 135.

A- Conditions du bénéfice de subrogation

Bénéficiaires. Le bénéfice de subrogation peut être opposé par toute caution, simple ou solidaire, au créancier auquel elle est liée au titre du contrat de cautionnement. L'AUS, en son article 29, semble d'ailleurs leur en réserver l'exclusivité²⁰⁷. De plus, au regard de ce texte, le créancier ne peut obtenir de la caution qu'elle renonce *a priori* au bénéfice de subrogation, celui-ci ayant un caractère d'ordre public.

Trois conditions principales sont nécessaires à la mise en œuvre du bénéfice de subrogation : la première étant relative à la perte de droits et garanties (1), la seconde concernant le fait du créancier (2), la troisième s'attachant à l'existence d'un préjudice (3).

1- Perte de droits et garanties

Notions non délimitées. L'AUS n'autorise le jeu du bénéfice de subrogation qu'en cas de perte de droits et garanties, mais ne précise nullement les contours de ces droits et garanties.

Le terme « garanties » ne devrait pas poser de difficulté d'interprétation, et permettrait sans doute d'inclure, dans ce contexte, l'ensemble des procédés juridiques tendant directement à protéger un créancier contre l'inexécution des obligations de son débiteur. Il s'agirait ainsi non seulement de toutes les sûretés, personnelles et réelles, envisagées par l'AUS, mais également de garanties non prévues par le droit OHADA.

Le terme « droits » est sans doute, dans de telles circonstances, plus difficile à circonscrire. Pris dans son sens général comme désignant l'ensemble des prérogatives dont dispose le créancier à l'égard du débiteur, l'interprétation serait excessive. Le droit français a opté pour une interprétation beaucoup plus restrictive.

En effet, la jurisprudence française, interprétant l'article 2314 du Code civil, a convenu que le terme « droits » désignait les seules prérogatives comportant « un droit préférentiel conférant au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance »²⁰⁸.

²⁰⁷ La sous-caution, a la possibilité d'opposer à la caution le bénéfice de subrogation, celle-ci ayant à son égard, la qualité de créancier. Le certificateur de caution peut de son côté opposer le bénéfice de subrogation au créancier principal au même titre que la caution.

²⁰⁸ Cass. Com. 12 janvier 2010, n°08-19268 : « Attendu qu'en statuant ainsi alors que l'article 2037 du code civil, devenu 2314 du même code, ne peut recevoir application qu'en présence de droits qui comportent un droit préférentiel conférant au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Cette conception restrictive permet de limiter les situations dans lesquelles le créancier pourrait se voir opposer le bénéfice de subrogation, et est par conséquent plus favorable aux créanciers. Le Droit OHADA ayant pour objectif le renforcement de la position de ces derniers, la jurisprudence OHADA pourrait faire sienne l'interprétation des juges français.

Antériorité de la constitution des droits et garanties. Dans une volonté similaire de limiter le champ d'action du bénéfice de subrogation, la jurisprudence française écarte les sûretés et droits préférentiels constitués postérieurement à l'engagement de la caution, des éléments permettant de déclencher sa mise en œuvre²⁰⁹. Elle admet toutefois deux exceptions : lorsque le créancier s'est engagé auprès de la caution à constituer d'autres droits ou garanties²¹⁰ ; et lorsque la caution pouvait légitimement s'attendre à ce que le créancier constitue de nouveaux droits ou garanties²¹¹. Il ne semble y avoir aucun obstacle à ce que le juge OHADA apporte les mêmes précisions à l'interprétation du second alinéa de l'article 29 de l'AUS.

2- Fait du créancier

Détermination des conditions d'imputabilité. La seconde condition posée au second alinéa de l'article 29 de l'AUS que nous mettons en relief est l'imputabilité de la perte des droits et garanties au fait de la caution. Deux interprétations peuvent être faites de cette condition : l'une extensive, et l'autre restrictive.

L'approche extensive de cette condition permet de considérer que tout fait quelconque du créancier, fautif ou non, dont il découle la perte de droits préférentiels ou de garanties, est susceptible de conduire à la mise en œuvre du bénéfice de subrogation.

L'approche restrictive n'admet que les faits du créancier, de commission ou d'abstention, pouvant être considérés comme fautifs, comme éléments remplissant la seconde condition de mise en œuvre du bénéfice de subrogation, lorsqu'ils entraînent la perte de droits préférentiels ou de garanties.

²⁰⁹ Cass. Fr. 1^{ère} Civ. 13 février 2001, n° 98-18428 :« En vertu de l'article 2037 du Code civil la caution n'est libérée, lorsque la subrogation aux droits, privilèges et hypothèques du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, que si ces garanties existaient antérieurement au contrat de cautionnement, ou si le créancier s'était engagé à les prendre ».

²¹⁰ Arrêt précédent.

²¹¹ Cass. Fr. Com. 8 octobre 2003, n° 00-12418 :« La caution ne peut être déchargée, en vertu de l'article 2037 du Code civil, que si le droit préférentiel perdu existait dès avant son engagement ou avait été constitué concomitamment ou apparaissait comme la conséquence nécessaire du contrat conclu entre le créancier et le débiteur ».

Cette seconde approche permet de réduire la probabilité qu'aurait la caution d'obtenir une décharge sur le fondement du bénéfice de subrogation. Elle est donc par conséquent plus favorable aux créanciers et plus en harmonie avec l'esprit du droit OHADA. C'est d'ailleurs cette approche qui a obtenu les faveurs de la jurisprudence française. Celle-ci exigeant même que le fait fautif du créancier soit la cause exclusive de la perte des droits préférentiels ou des garanties²¹².

3- Préjudice de la caution

Détermination du préjudice. En limitant la décharge de la caution à concurrence de l'insuffisance de la garantie conservée lorsque le fait du créancier avait seulement pour effet de restreindre la subrogation, le législateur OHADA, au troisième alinéa de l'article 29 de l'AUS, introduit l'idée d'une sanction du créancier à la mesure du préjudice subi par la caution.

Le préjudice de la caution n'apparaît que lorsqu'il est établi que les droits préférentiels ou garanties perdus du fait du créancier auraient pu permettre, s'ils avaient été conservés, d'obtenir un paiement complet ou simplement partiel de la créance au moment de la défaillance du débiteur principal.

Sont par conséquent exclues les pertes n'ayant pas pour effet de modifier la probabilité qu'a la caution de voir son recours contre le débiteur principal aboutir efficacement. C'est la même idée qui ressort des précisions apportées par la jurisprudence française à l'article 2314 du Code civil²¹³.

Charge de la preuve de l'existence d'un préjudice. Par ailleurs, le droit français pose le principe d'une présomption de préjudice dès lors qu'est constatée une perte de droits préférentiels ou de garanties du fait fautif du créancier²¹⁴, obligeant ainsi le créancier à apporter la difficile preuve de l'absence d'existence de préjudice subi par la caution. Cette exigence

²¹² Cass. Fr. Com. 6 juillet 2010, n° 09-16163 : « La caution n'est déchargée que si, par le fait exclusif du créancier, elle ne peut plus être subrogée dans les droits de celui-ci ».

²¹³ Cass. Fr. Com. 12 juillet 2011, n° 09-71113 : « Si la caution est déchargée de son obligation, lorsque la subrogation dans un droit préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en faveur de la caution, pareil effet ne se produit que si cette dernière avait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation ».

²¹⁴ Cass. Fr. 1^{ère} Civ. 18 mai 2004, n° 03-12284 : « Il appartient au créancier, pour ne pas encourir la déchéance de ses droits contre la caution, d'établir que la perte d'un droit préférentiel a causé à celle-ci un préjudice inférieur au montant de son engagement, ou ne lui en a causé aucun ».

contribue à fragiliser la position du créancier, et ne saurait être recommandée en Droit OHADA. Ainsi, à toute caution souhaitant tirer profit du jeu du bénéfice de subrogation, il devrait appartenir d'établir, non seulement qu'il y a eu une perte de droits préférentiels ou de garanties, et que cette perte est la conséquence d'une faute du créancier, mais également qu'il en est résulté un préjudice pour elle.

B- Effets du bénéfice de subrogation

Sanction. Au titre du second alinéa de l'article 29 de l'AUS, la réunion des trois conditions de mise en œuvre du bénéfice de subrogation permet à la caution d'obtenir une décharge de son obligation à l'égard du créancier. Ce dernier est donc sanctionné pour avoir réduit l'efficacité du recours de la caution à l'encontre du débiteur principal. Cette sanction se traduit elle-même, par la réduction de l'efficacité du droit de poursuite dont dispose le créancier à l'égard de la caution.

La décharge dont bénéficie la caution peut être totale ou seulement partielle. La hauteur de cette décharge est fonction de l'importance du préjudice subi par la caution.

Développés ainsi, ces effets se manifesteraient au moment du recours du créancier contre la caution. Toutefois ce moment étant normalement antérieur au recours de la caution contre le débiteur principal, il est hautement probable que l'efficacité ou l'inefficacité de ce dernier n'apparaisse que postérieurement au paiement du créancier par la caution. Par conséquent, il pourrait être assez fréquent que la caution exerce, sur le fondement du bénéfice de subrogation, un recours en répétition de l'indu contre le créancier qu'elle aura payé.

§2- Eléments propres aux garanties ou contre-garanties autonomes

Premières vues. Du point de vue de leur réalisation, le principal obstacle à l'efficacité des garanties et contre-garanties autonomes, du moins en ce qui concerne les éléments qui leur sont propres, est relatif aux incertitudes entourant l'exercice par le donneur d'ordre, de la faculté qui lui est offerte de s'opposer au paiement (II). La mise en relief de cette limite mérite que nous nous attardions préalablement sur les conditions d'exécution des garanties et contre-garanties autonomes(I).

I- Conditions d'exécution

Plan. L'AUS restreint, dans le droit OHADA, les modalités d'exécution des garanties et contre-garanties autonomes (A), et soumet le garant sollicité par le bénéficiaire à une obligation d'information au profit du donneur d'ordre (B).

A- Restriction des modalités d'exécution

Typologie. L'analyse de la pratique internationale des garanties et contre-garanties autonomes permet d'en identifier trois formes, en fonction de leurs modalités d'exécution : les premières peuvent être qualifiées de garanties à première demande, les secondes, de garanties à première demande justifiée, et enfin les troisièmes, de garanties documentaires.

Garantie à première demande. Les garanties dites à première demande apparaissent comme étant les plus favorables aux bénéficiaires. En effet, elles présentent pour ces derniers l'avantage d'exclure l'obligation d'apporter toute justification visant à légitimer un éventuel appel en garantie.

Cette forme de garantie autonome est celle qui se rapproche le plus, en termes de sécurité pour le créancier, du dépôt de garantie qu'elle avait originellement pour objet de suppléer ; mécanisme efficace en raison de l'aisance avec laquelle elle peut être réalisée, mais dont le principal inconvénient est d'immobiliser des fonds importants pouvant servir plus utilement, au développement de l'activité du déposant.

Cette forme de garantie autonome apparaît inversement comme la plus dangereuse pour le donneur d'ordre, car elle est soumise à un risque plus accru d'appel abusif de la part du bénéficiaire.

Garantie à première demande justifiée. Les garanties dites à première demande justifiée sont une variante des précédentes. Elles se caractérisent par l'obligation qui est faite au bénéficiaire de la garantie d'avancer un motif justifiant l'appel en garantie. Toutefois, aucune exigence n'est imposée au bénéficiaire de la garantie quant à la preuve de la véracité du motif. Mais l'obligation de motivation qui est faite peut représenter un frein psychologique, de nature à préserver le donneur d'ordre de toute légèreté, de la part du bénéficiaire, dans la décision d'effectuer l'appel en garantie.

Garantie documentaire. Les garanties dites documentaires sont les plus exigeantes du point de vue du bénéficiaire, et les plus sécurisantes du point de vue du donneur d'ordre. En effet, l'appel en garantie est ici soumis à la présentation de documents²¹⁵ préalablement listés dans le contrat de garantie. Cette forme de garantie autonome a la vertu de rendre vraisemblable le bien-fondé de l'appel en garantie effectué par le bénéficiaire.

Modalités d'exécution en droit OHADA. L'examen des dispositions relatives aux modalités d'exécution des garanties et contre-garanties autonomes telles qu'envisagées dans l'AUS, laisse apparaître une limitation des formes que celles-ci pourraient recouvrir.

En effet, l'article 45 de l'AUS dispose, en son alinéa premier, que : « la demande de paiement au titre de la garantie autonome doit résulter d'un écrit du bénéficiaire accompagné de tout autre document prévu dans la garantie. Cette demande doit indiquer le manquement reproché au donneur d'ordre dans l'exécution de l'obligation en considération de laquelle la garantie a été souscrite ».

Ainsi, outre le fait que l'AUS exige que la demande de paiement soit adressée au garant sous la forme écrite, il est intéressant de noter qu'il est exigé du bénéficiaire de la garantie autonome qu'il fournisse a minima un motif justifiant l'appel en garantie. La possibilité est laissée aux parties de relever ce niveau d'exigence en subordonnant toute demande de paiement à la production de documents préalablement listés dans le contrat de garantie.

Nous pouvons par conséquent en conclure que le Droit OHADA n'admet que deux formes de garanties autonomes : la garantie à première demande justifiée et la garantie documentaire ; la garantie à première demande étant exclue.

Précisions liées aux Contre-garanties autonomes. Par ailleurs, l'AUS précise en ce qui concerne les contre-garanties autonomes, que la demande de paiement adressée au contre-garant doit également être faite par écrit, exigeant simplement qu'il y soit indiqué que le garant a reçu de la part du bénéficiaire, une demande de paiement conforme aux termes de la garantie²¹⁶.

²¹⁵ Les parties peuvent convenir de soumettre l'appel en garantie à la présentation de documents tels que des rapports d'experts, des décisions judiciaires, des sentences arbitrales, ou même des factures non honorées.

²¹⁶ Article 45 alinéa 2 de l'AUS : « La demande de paiement au titre de la contre-garantie autonome doit résulter d'un écrit du garant mentionnant que le garant a reçu une demande de paiement émanant du bénéficiaire et conforme aux stipulations de la garantie ».

B- Information du donneur d'ordre

Modalités de réalisation. Lorsque l'appel en garantie est effectué par le bénéficiaire, le garant dispose d'un délai de cinq jours ouvrés pour vérifier la conformité de la demande en paiement au regard des prévisions du contrat de garantie²¹⁷. L'exigence est la même en cas de demande en paiement effectuée par le garant au contre-garant.

En outre, l'AUS exige du garant qu'il informe le donneur d'ordre de l'exercice de la demande en paiement, lui en faisant parvenir une copie, accompagnée des éventuels documents transmis par le bénéficiaire²¹⁸. Lorsqu'une contre-garantie a été prévue, l'information est due au contre-garant. Il lui revient ensuite de transmettre l'ensemble des documents remis au donneur d'ordre.

Moment de l'exécution de l'obligation. Cette obligation d'information laisse apparaître une nouvelle problématique : celle du moment où elle doit être accomplie. En effet, l'AUS ne précise pas si l'obligation d'information doit être accomplie avant tout paiement au bénéficiaire ; ce qui aurait pour effet de la soumettre à la rigueur du délai de cinq jours ouvrés prévu pour vérifier la conformité de la demande paiement ; ou si celle-ci peut être effectuée après paiement.

Avant la réforme du 15 décembre 2010, l'AUS imposait que l'information du donneur d'ordre, ou du contre-garant en cas de contre-garantie, intervienne avant tout paiement²¹⁹. Le retrait de l'affirmation expresse de cette exigence n'implique pas nécessairement sa disparition, et à la lecture de l'article 46 de l'AUS réformé, une interprétation allant dans ce sens reste encore envisageable.

Une information préalable du donneur d'ordre par le garant ou le contre-garant aurait un certain intérêt si faculté lui était offerte de s'opposer valablement au paiement du bénéficiaire dans l'hypothèse où il estimerait celui-ci illégitime à le recevoir. Cette opposition à paiement serait alors fondée sur des éléments relatifs aux relations d'affaires existant entre le donneur d'ordre

²¹⁷ Article 46 alinéa 1^{er} de l'AUS : « Le garant et le contre-garant disposent chacun de cinq jours ouvrés pour examiner la conformité de la demande en paiement aux termes de la garantie ou de la contre-garantie autonome ».

²¹⁸ Article 46 alinéa 2 de l'AUS : « Le garant doit transmettre une copie de la demande du bénéficiaire et tous documents accompagnant celle-ci au donneur d'ordre ou, en cas de contre-garantie, au contre-garant, à charge pour ce dernier de les transmettre au donneur d'ordre ».

²¹⁹ Article 35 alinéa 2 de l'AUS initial : « Avant tout paiement, le garant doit transmettre, sans retard, la demande du bénéficiaire et tous documents accompagnant celle-ci au donneur d'ordre pour information ou, le cas échéant, au contre-garant pour transmission au donneur d'ordre aux mêmes fins ».

et le bénéficiaire, par définition extérieurs au contrat de garantie²²⁰. Une telle idée irait à l'encontre de l'esprit d'indépendance caractéristique des garanties et contre-garanties autonomes et devrait être écartée²²¹.

Par conséquent, l'article 46 de l'AUS devrait être interprété dans le sens où elle n'institue aucun lien de dépendance entre l'obligation de paiement du bénéficiaire l'obligation d'information du donneur d'ordre. Cette dernière pourrait régulièrement intervenir au-delà des cinq jours imposés par l'AUS au garant ou au contre-garant pour examiner la conformité de la demande et effectuer le paiement²²². Dès lors, seule l'inobservation d'un délai raisonnable pourrait être constitutif de faute de la part du garant ou du contre-garant.

II- Exception d'abus manifeste ou de fraude

Plan. Exceptionnellement, le Droit OHADA autorise le donneur d'ordre à faire échec au paiement (A). Cette faculté est assortie de légers aménagements dans l'hypothèse d'une contre-garantie (B).

A- La défense de paiement

Limites au caractère autonome. Le Droit OHADA a consenti une légère limite au caractère indépendant des garanties et contre-garanties autonomes en ouvrant la possibilité, au profit du donneur d'ordre, de s'opposer efficacement au paiement du bénéficiaire lorsque l'appel en garantie est manifestement abusif ou frauduleux.

²²⁰ Cette possibilité n'est admise que de manière exceptionnelle, en cas d'abus ou de fraude manifestes dans l'exercice de l'appel en garantie. *Infra*.

²²¹ En droit français, la jurisprudence s'est progressivement opposée à toutes les tentatives des donneurs d'ordre visant à s'appuyer sur des éléments extérieurs au contrat de garantie pour s'opposer au paiement du bénéficiaire. C'est le cas notamment de la défense de paiement initiée par le donneur d'ordre, judiciairement ou non, sur le fondement du contrat de base : Cass. Com. 21 mai 1985, n°83-16925 « Le fait, même apparemment établi, que le donneur d'ordre ait rempli toutes ses obligations à l'égard du bénéficiaire n'était pas de nature à dispenser le contre-garant de l'exécution d'un accord dont les termes l'obligeaient à payer les sommes garanties au garant, à première demande, sans aucune justification du motif allégué pour l'appel de cette garantie ».

²²² Il serait de l'intérêt du donneur d'ordre, dans un sens favorable à l'esprit de collaboration devant prédominer dans les rapports contractuels, que le garant ou le contre-garant transmette avant paiement les documents relatifs à la demande de paiement du bénéficiaire. Cela lui permettrait notamment de faire face à un éventuel abus ou fraude dans la mise en œuvre de la garantie autonome. *Infra*.

En effet, l'AUS dispose, au premier alinéa de son article 47, que : « le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse »²²³.

Une incertitude majeure, susceptible d'amoindrir d'un degré supplémentaire l'efficacité des garanties et contre-garanties autonomes, émerge de ce texte. Il s'agit de l'étendue du sens à donner aux notions d'abus et de fraude manifestes. Une acception restrictive de ces notions permettrait de limiter les effets négatifs de cette exception sur l'efficacité des garanties et contre-garanties autonomes, tandis qu'une interprétation extensive serait indubitablement néfaste pour celle-ci.

Malheureusement, le Droit OHADA n'y a pas encore, par le biais de sa jurisprudence, soumis de réponse. Les solutions apportées par la jurisprudence française à cette problématique nous seront probablement une fois de plus utiles pour déterminer les choix qui devraient être réalisés en Droit OHADA.

Abus de droit. L'abus de droit pourrait être défini comme « le fait pour le titulaire d'un droit de le mettre en œuvre en dehors de sa finalité ou, selon un autre critère, sans intérêt pour soi-même et dans le seul but de nuire à autrui »²²⁴. Appliqué au droit des garanties et contre-garanties autonomes, l'abus de droit pourrait s'entendre comme le fait de mettre en œuvre la garantie dans un but étranger à l'objet ou à la finalité de celle-ci au moment où elle a été conclue : la couverture de la défaillance du donneur d'ordre dans l'exécution du contrat principal.

Fraude. La notion de fraude peut être utilisée pour désigner une « action révélant chez son auteur la volonté de nuire à autrui »²²⁵. Faisant face au constat de la difficulté que pouvait représenter, pour les personnes se prétendant victimes de fraude, la charge de la preuve de l'intention de nuire, la jurisprudence française a étendu le sens à donner à la notion de fraude, en admettant qu'elle puisse être qualifiée du simple fait de la conscience, chez l'auteur de l'acte contesté, au moment de son accomplissement, du préjudice causé à son contractant ou à un tiers²²⁶.

²²³ Ce texte fait écho au second alinéa de l'article 2321 du Code civil français qui indique que « le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre ».

²²⁴ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2015.

²²⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2015.

²²⁶ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11^e éd, n°1175.

Ainsi définis, l'abus de droit et la fraude semblent avoir en commun l'exercice d'une faculté dans une finalité étrangère à celle pour laquelle elle a été accordée. La jurisprudence française paraît d'ailleurs utiliser indifféremment les deux termes lorsqu'elle apprécie la régularité de la mise en œuvre des garanties autonomes.

En effet les juges français, pour qualifier l'abus ou la fraude, essayent de déterminer si le bénéficiaire a effectué l'appel en garantie tout en ayant conscience de son absence de droit²²⁷. Ainsi, nous pouvons identifier deux éléments nécessaires à cette qualification ; l'un étant matériel, l'autre étant psychologique.

L'élément matériel correspond à l'absence de droit du bénéficiaire de la garantie à l'encontre du donneur d'ordre. Ceci pourrait impliquer la bonne réalisation de la convention principale, ou du moins une évolution régulière dans son exécution. L'élément psychologique correspond à la mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie, conscient de son absence de droit.

Abus ou fraude manifestes. Aux deux éléments évoqués précédemment, l'AUS adjoint un critère supplémentaire pour faire échec à l'appel en garantie du bénéficiaire: le caractère manifeste de l'abus ou de la fraude.

Le terme manifeste renvoie à la notion d'évidence. L'évidence exigée ici est non seulement celle du constat de l'absence de droit du bénéficiaire de la garantie, mais également celle de la conscience qu'a ce dernier de son absence de droit. C'est dans ce sens que la jurisprudence française s'est prononcée lorsqu'elle a estimé que le caractère apparemment établi de l'accomplissement par le donneur d'ordre de toutes ses obligations à l'égard du bénéficiaire de la garantie n'était pas suffisant pour que soit retenue l'exception d'abus ou de fraude manifeste²²⁸.

La nécessité de recherches supplémentaires à l'affermissement de la conviction des juges exclut tout caractère manifeste de l'abus ou de la fraude, et par conséquent le rejet de l'exception. Les juges français ont par opposition admis le jeu de l'exception d'abus ou de fraude manifestes, lorsque le bénéficiaire de la garantie, souhaitant la mettre en œuvre, avait antérieurement établi de manière irréfutable la bonne exécution par le donneur d'ordre de l'obligation au titre de laquelle la garantie avait été prise²²⁹.

²²⁷ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, Sirey, 3^e éd., n° 907.

²²⁸ Cass. Fr. Com. 21 mai 1985, n°83-16925, précité.

²²⁹ Cass. Fr. Com 10 juin 1986, n° 84-17769 : « si la garantie à première demande est autonome par rapport au contrat de base, en revanche l'interdiction d'opposer les exceptions tenant à l'inexécution du contrat cède en

L'invocation de l'exception d'abus ou de fraude manifestes révèle un certain nombre de particularités dans l'hypothèse d'une contre-garantie.

B- Particularités propres aux contre-garanties

Conditions complémentaires. L'existence d'une contre-garantie impose de préciser les modalités d'une opposition au paiement effectuée par le contre-garant au garant d'une part, et par le donneur d'ordre au contre-garant d'autre part.

Défense de paiement du contre-garant. Lorsque le contre-garant souhaite s'opposer à une demande en paiement faite par le bénéficiaire au garant, il est placé dans des conditions identiques à celles du donneur d'ordre dans une opération triangulaire. En effet, au titre de l'article 47 alinéa 1^{er} in fine de l'AUS, « le contre-garant dispose à l'encontre du garant de la même faculté dans les mêmes conditions » que le donneur d'ordre à l'égard du bénéficiaire. Le contre-garant devra donc établir que la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse.

Défense de paiement du donneur d'ordre. La défense de paiement opposée par le donneur d'ordre au contre-garant est soumise à des conditions beaucoup plus rigoureuses que celle opposée par le contre-garant au garant. En effet, l'AUS dispose au second alinéa de son article 47 que « le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au contre-garant que si le garant savait ou aurait dû savoir que la demande de paiement du bénéficiaire avait un caractère manifestement abusif ou frauduleux ».

Ainsi, pour s'opposer efficacement à la demande de paiement faite par le garant au contre-garant, le donneur d'ordre doit établir non seulement que la demande de paiement du bénéficiaire au garant était manifestement abusive ou frauduleuse, mais également que le garant avait ou aurait dû avoir connaissance, au moment du paiement, du caractère manifestement abusif ou frauduleux de la demande de paiement du bénéficiaire.

cas de fraude manifeste ; qu'ayant relevé que le bénéficiaire de la garantie n'avait pas réglé au donneur d'ordre les sommes qu'il lui devait en vertu de certificats de terminaison de travaux à 100 % établis par lui-même et des certificats de paiement approuvés par son ingénieur chef et son service comptable, et que le bénéficiaire avait été amené à demander au donneur d'ordre des travaux supplémentaires ayant fait l'objet de factures qu'il avait laissées impayées sans les avoir contestées, la Cour d'appel a pu déduire de l'ensemble de ces circonstances que l'appel de la garantie de bonne fin apparaissait comme une manœuvre frauduleuse ».

Dans un sens plus précis, le donneur d'ordre se doit, d'une part, de souligner l'évidence de l'absence de droit du bénéficiaire et de la conscience que celui-ci en avait au moment de sa demande de paiement, et d'autre part, de dévoiler la fraude du garant dans l'exécution du paiement en raison de la conscience qu'il avait du préjudice causé au donneur d'ordre de ce fait. Cette fraude du donneur d'ordre doit également être manifeste, positivement ou négativement. Positivement en ce que, aucune mesure d'instruction supplémentaire ne devrait être nécessaire à la faire rejaillir. Négativement en ce qu'aucun élément, au regard des faits, ne puisse faire douter de sa réalité.

CONCLUSION DU TITRE I

Au terme de ce premier titre, nous faisons le constat d'un droit OHADA des garanties personnelles profondément marqué par le droit français, reprenant par conséquent une grande partie des limites de celui-ci sur le plan de l'efficacité des règles édictées, et néanmoins plus audacieux sur certains points ayant trait au formalisme, ou encore à la preuve, améliorant de ce fait cette efficacité. Ces caractéristiques devraient, sans surprise se retrouver dans l'analyse de l'efficacité des garanties réelles prévues en Droit OHADA.

TITRE II : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES GARANTIES REELLES

Notion de sûreté réelle. Par opposition aux sûretés personnelles qui confèrent au créancier d'une obligation un droit personnel contre une ou plusieurs personnes autres que le débiteur principal, les sûretés réelles font naître au bénéfice du titulaire, un droit sur un ou plusieurs biens du constituant de la garantie, débiteur principal ou tiers.

Le législateur OHADA, au sein du second alinéa de l'article 4 de l'AUS, précise le sens qu'il donne à la notion de sûreté réelle. Il estime qu'elle consiste « 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 ».

Contrairement à sa version antérieure à la révision du 15 décembre 2010²³⁰, l'AUS reconnaît ainsi une double conception des sûretés réelles. L'une est classique et correspond à l'octroi au créancier d'un droit de préférence sur la valeur du bien affecté en garantie, doublé pour certains mécanismes, d'un droit de suite. L'autre a un développement plus récent, et correspond à la reconnaissance d'un droit exclusif sur le bien sur lequel porte la garantie, au profit du créancier.

A priori, tout mécanisme de garantie qui correspondrait à cette description devrait pouvoir être qualifié de sûreté réelle dans l'espace OHADA. Cependant, le législateur OHADA semble limiter la liberté contractuelle des parties en établissant un *numerus clausus* des mécanismes de sûreté réelle pouvant être valablement constitués.

En effet, il est indiqué à l'article 2, alinéa 2 *ab initio*, de l'AUS que : « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte ».

Toutefois, nous pouvons relever que, la définition qui est donnée des sûretés réelles, ne permet pas de couvrir l'ensemble du domaine des garanties réelles. Il en ressort que, en plus des

²³⁰ L'AUS initial ne reconnaissait, à travers la définition qu'elle en donnait, que la conception traditionnelle des sûretés réelles. Il était indiqué au second alinéa de l'article 2 de l'AUS que « 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 ».

garanties réelles organisées par le droit OHADA, les créanciers pourraient mettre en œuvre d'autres mécanismes de garantie réelle qui ne seraient pas des sûretés.

Garanties réelles réglementées. Parmi les garanties réelles organisées par le droit OHADA, il est possible de distinguer, de façon générique, selon l'ordre dans lequel l'AUS les réglemente : le droit de rétention, la réserve de propriété, la propriété cédée à titre de garantie, le gage, le nantissement, les privilèges généraux et spéciaux, l'hypothèque.

Comparativement au droit français des sûretés, il est déjà possible de souligner ici un certain nombre de singularités. C'est notamment le cas de l'exclusion, par le législateur OHADA, de l'antichrèse ou gage immobilier de la liste des garanties réelles admises, ou encore inversement, de manière expresse, de la consécration du droit de rétention en tant que sûreté.

Du point de vue de l'efficacité des garanties réelles, appréciée sur la base de l'analyse des dispositions prévues par l'AUS, il nous sera utile de distinguer les effets des normes prévalant à la formation des garanties réelles (CHAP I), de celles relatives à leur réalisation (CHAP II).

CHAP I : FORMATION DES GARANTIES REELLES

Diversité des garanties. Par opposition aux garanties personnelles, les garanties réelles admises et réglementées par le législateur OHADA sont d'une diversité relativement importante. Cette diversité de mécanismes se traduit bien évidemment par une pluralité de régimes, et par conséquent par une certaine hétérogénéité des règles nécessaires à leur constitution (SECTION II). Toutefois, une étude approfondie de ces règles permet de dégager de nombreux traits communs à l'ensemble des garanties réelles (SECTION I).

SECTION I : REGLES COMMUNES AUX GARANTIES REELLES

Plan. Des règles communes aux garanties réelles, il est possible d'identifier celles qui contribuent au renforcement de leur efficacité (§1), et de distinguer celles qui y représentent un frein (§2).

§1- Eléments d'efficacité

Plan. L'efficacité des garanties réelles prévues par l'AUS est favorisée par des éléments ayant trait à leur forme (I), aux créances admises (II), aux biens sur lesquels elles pourraient porter(III), à leur publicité (IV), ou encore à leur caractère indivisible (V).

I- Exigence commune d'un écrit

Solennité des garanties réelles du droit OHADA. La principale caractéristique formelle commune à l'ensemble des garanties réelles de nature conventionnelle prévues par l'AUS²³¹, est la nécessité, à titre de validité, d'une formalisation par écrit, de l'acte de garantie.

²³¹ On comprend assez aisément que les garanties réelles de nature légale ou judiciaire, dont la naissance est indépendante des parties, ne soient pas soumises à ce formalisme.

Cette exigence commune permet tout d'abord l'assèchement d'éventuelles contestations liées à l'existence de l'engagement souscrit, à la détermination de la nature de ce dernier, ou encore à l'étendue des obligations des parties.

Elle permet en outre de renforcer la protection des garants, notamment personnes physiques, qui ont la possibilité de mûrir leur réflexion entre le moment où ils acceptent l'idée d'accorder une garantie à un créancier et celui où ils la constituent véritablement. Cette période de réflexion est de nature à réduire les risques de contestation découlant du caractère irréfléchi de l'engagement pris.

De plus, l'écrit remplit un rôle de protection des droits des tiers contre les risques de fraude, car permettant d'identifier de manière plus ou moins précise, les biens faisant l'objet de la garantie, leur quotité, ainsi que le point de départ des droits du bénéficiaire. L'écrit recouvre donc une importance considérable pour la résolution des conflits intervenant entre plusieurs créanciers. Il est par conséquent un élément déterminant pour l'efficacité globale des garanties réelles.

Cette solennité s'affiche de différentes manières à travers les règles gouvernant la constitution de garanties réelles mobilières (B) ou immobilières (A).

A- Solennité des garanties réelles immobilières

Monopole de l'hypothèque en matière immobilière. Le législateur OHADA a choisi de faire de l'hypothèque la seule véritable garantie réelle immobilière présente au sein de l'AUS. D'origine conventionnelle, légale ou judiciaire, elle est définie à l'article 190 de l'AUS comme « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables ».

En matière d'hypothèque, conformément à ce qui est traditionnellement observé, un formalisme rigoureux est prévu par le Droit OHADA. En effet, l'AUS prévoit en son article 205 que « l'hypothèque conventionnelle est consentie, selon la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble : par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes ; ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière ».

Il est ici intéressant de noter que l'AUS admet deux formes possibles pour la conclusion d'un acte d'hypothèque régulier : l'acte notarié (1) et l'acte sous seing privé (2).

1- L'acte authentique

Plan. Au regard de l'article 205 de l'AUS, l'acte authentique sous la forme duquel doit être constituée l'hypothèque peut être établi soit par un notaire (a), soit par une autorité administrative ou judiciaire habilitée (b).

a- Acte notarié

Bénéfices de la forme notariée. L'intervention d'un notaire à la constitution des hypothèques, bien que représentant un coût supplémentaire, est bénéfique pour chacune des parties à l'acte, améliorant notamment l'efficacité globale de la garantie.

En effet, du point de vue du constituant, le passage devant un notaire, qui remplit une mission de conseil au profit des parties, aide à prendre conscience de la gravité de la convention à laquelle il participe, en même temps que des éventuelles conséquences qu'il subirait en cas de défaillance du débiteur²³². Cette conscience est susceptible de réduire les risques de contestation du constituant en cas de réalisation de la garantie, et par conséquent les procédures judiciaires.

Du point de vue du bénéficiaire de l'hypothèque, le notaire ayant la responsabilité de s'assurer non seulement de la validité des actes qu'il passe, mais également de leur efficacité, il a par conséquent la quasi-certitude de recevoir une garantie débarrassée des principaux éléments susceptibles de la rendre inefficace. Dans l'hypothèse où le notaire viendrait à faillir dans l'accomplissement de cette tâche, il resterait au moins au bénéficiaire de l'hypothèque, la possibilité d'engager la responsabilité de celui-ci.

Par ailleurs, l'exigence d'un écrit sous la forme authentique notariée a été étendue au mandat donné par le propriétaire d'un bien immobilier, visant à hypothéquer celui-ci. En effet, l'article 205 *in fine* de l'AUS précise que : « la procuration donnée à un tiers pour constituer une hypothèque en la forme notariée doit être établie en la même forme²³³. »

²³² Le débiteur peut naturellement être le constituant de la garantie lui-même, ou moins couramment, un tiers.

²³³ Le législateur OHADA adopte une position similaire à celle de la jurisprudence française pour ce qui concerne la forme sous laquelle doit être valablement passé un mandat d'hypothéquer. Cass. Civ., 7 février 1854 : « Si le débiteur stipule par un mandataire, la procuration doit participer de l'authenticité du contrat même. »

b- Acte authentique administratif ou judiciaire

Incertitude relative aux modalités de réalisation. Particularités de l'acte. En raison de la diversité des réalités et des pratiques ayant cours au sein des différents pays composant l'OHADA, le législateur laisse, à travers l'AUS, la possibilité aux Etats membres d'envisager la constitution d'une hypothèque par acte authentique, établi par une autorité administrative ou judiciaire spécialement habilitée²³⁴.

L'intervention d'une autorité administrative ou judiciaire dans la constitution de l'hypothèque a le mérite, aussi bien qu'en cas d'intervention d'un notaire, d'alerter les parties, en particulier le constituant, quant à la gravité de la convention à passer.

Contrairement au notaire, dont la mission est connue, et qui a la charge de s'assurer de la validité et de l'efficacité des actes qu'il produit, le rôle précis de l'autorité administrative ou judiciaire demeure ici assez flou. Il est douteux qu'il remplisse, à l'instar du notaire, une mission de conseil ; et probable qu'il ait simplement pour tâche l'homologation des actes d'hypothèque.

Intervenant au nom de l'Etat, la responsabilité de l'autorité administrative serait difficile à engager en cas de défaut lié à la validité ou à l'efficacité de l'acte de garantie. On pourrait néanmoins penser, à l'avantage du bénéficiaire de l'hypothèque, qu'un acte homologué est un acte purgé des défauts pouvant affecter sa validité.

2- L'acte sous seing privé

Conditions d'admission. De manière assez singulière, le Droit OHADA admet qu'il soit possible de valablement constituer une hypothèque sous la forme d'un simple acte sous seing privé. Pour cela il faut néanmoins que deux conditions soient préalablement remplies : que la loi nationale du lieu où est situé l'immeuble sur lequel sera inscrite la garantie ouvre cette option ; qu'un modèle d'acte sous seing privé ait été adopté par ce même Etat, et agréé par la conservation de la propriété foncière.

Cette option, qui présente l'avantage de réduire le coût de l'acte, soumet les parties, notamment le bénéficiaire de la garantie, aux risques d'invalidité et d'inefficacité de l'hypothèque.

Toutefois, les Etats Membres de l'OHADA n'ayant, pour la quasi-totalité, pas inséré au sein de leur législation la possibilité de constituer une hypothèque sous la forme d'un acte sous seing

²³⁴ Ce choix peut permettre de pallier à l'absence ou au nombre limité de notaires dans de nombreuses régions.

privé, ou adopté un modèle d'acte agréé par la conservation de la propriété foncière, cette option est très loin de connaître le succès²³⁵.

B- Solennité des garanties réelles mobilières

Ecrit exigé *ad validitatem*. Exception faite du droit de rétention, garantie assez singulière du point de vue de ses conditions d'existence, les sûretés réelles mobilières sont, à titre de validité, soumises à l'exigence de la forme écrite. Ce constat se révèle à l'analyse des conditions gouvernant la formation des sûretés mobilières plaçant le créancier dans une situation d'exclusivité (1), de même que celles permettant à ce dernier de bénéficier d'un droit de préférence(2).

1- Exigence de l'écrit pour les garanties conférant une exclusivité

Plan. Trois types de garanties réelles mobilières envisagées par le Droit OHADA permettent au créancier de bénéficier d'une situation d'exclusivité^{236 237 238}. Deux d'entre elles doivent, pour être valablement formées, se présenter sous la forme écrite. Ce sont : la réserve de propriété (a) et la propriété cédée à titre de garantie (b).

a- La réserve de propriété

Notion. Le législateur OHADA définit la clause de réserve de propriété à l'article 72 de l'AUS²³⁹ par l'effet qu'elle produit lorsqu'elle est insérée dans un contrat, notamment de vente ou d'entreprise. Elle a pour objectif la suspension de « l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. »

²³⁵ P. CROCQ, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, Lamy, 2012, n° 435.

²³⁶ Le droit de rétention, la réserve de propriété et la propriété cédée à titre de garantie, sont des garanties permettant à leur bénéficiaire de se protéger de la concurrence des potentiels autres créanciers.

²³⁷ Art. 67 de l'AUS : « Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent Acte Uniforme. »

²³⁸ Art. 71 de 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 aux conditions prévues par le présent chapitre. »

²³⁹ Le législateur OHADA reprend ici, à un mot près, l'article 2367 du code civil français.

Modalités de mise en application de l'exigence de forme écrite. La validité de la réserve de propriété est subordonnée à son introduction dans une convention écrite. En effet, l'article 73 de l'AUS dispose que : « A peine de nullité, la réserve de propriété est convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties. »

A la lecture de ce texte, une observation principale s'impose à nous : la réserve de propriété, pour être valable, n'a pas à apparaître sur le contrat sur lequel elle produit ses effets. Elle peut être convenue antérieurement à la conclusion de ce contrat ; elle peut également être prévue postérieurement.

D'une part, l'article 73 de l'AUS permet aux parties de convenir d'une clause de réserve de propriété dans un document régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties. Ainsi, l'AUS autorise, à l'instar du droit français²⁴⁰, l'introduction d'une clause de réserve de propriété dans des conditions générales de vente, produisant ses effets sur chaque contrat de vente intervenant postérieurement entre les parties, sans qu'il soit nécessaire de le rappeler.

D'autre part, les parties ont la possibilité de convenir d'une réserve de propriété dans un écrit postérieurement au contrat de vente ou d'entreprise auquel elle s'applique. Une limite est toutefois posée quant au moment où cet écrit doit être formalisé. En effet, toute réserve de propriété conclue postérieurement au jour de livraison du bien sera entachée de nullité.

L'exigence d'un écrit a surtout ici pour objectif de faire obstacle à toute tentative de fraude pouvant intervenir entre le débiteur et l'un de ses créanciers. Accessoirement, l'écrit assure un rôle probatoire au profit du bénéficiaire de la garantie.

²⁴⁰ Art. L624-16 al. 2 du code de commerce français : La clause de réserve de propriété « doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties. »

b- La propriété cédée à titre de garantie

Une forme de garantie bridée. Le Droit OHADA prévoit, à l'article 79 de l'AUS²⁴¹, la possibilité de transférer la propriété d'un bien ou d'un ensemble de biens en garantie du paiement d'une dette ou d'un ensemble de dettes.

Toutefois, le législateur OHADA limite les possibilités de transfert de biens à titre de garantie. En effet, il soumet la validité de tout transfert de bien à sa conformité aux règles prévues aux articles 80 à 91 de l'AUS. Or seuls deux types de transferts de biens à titre de garantie sont envisagés au terme de ces textes : la cession de créance à titre de garantie (i), et le transfert fiduciaire de sommes d'argent (ii). En bridant ainsi le transfert de propriété à titre de garantie, l'OHADA fait prendre à sa législation une certaine distance avec le mouvement de généralisation dans les pays dits de droit continental, de ce mécanisme de garantie qu'est la fiducie-sûreté.

i. La cession de créance à titre de garantie

Notion. Au regard de l'article 80 de l'AUS, le législateur OHADA autorise toute personne disposant d'une créance à l'encontre d'un tiers, à la céder pour garantir le paiement d'une dette²⁴².

Ainsi, par opposition au Droit français²⁴³, le droit OHADA consacre de façon générale la cession de créance à titre de garantie.

Mentions obligatoires. La cession de créance doit, à titre de validité, être constatée par écrit. C'est ce qu'indique le premier alinéa de l'article 81 de l'AUS selon lequel « la cession de créance à titre de garantie doit être constatée dans un écrit comportant, à peine de nullité, les

²⁴¹ Art 79 de l'AUS : « 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 aux conditions prévues par la présente section. »

²⁴² Art. 80 al. 1 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. »

²⁴³ Le droit français admet simplement en effet, la cession de créances professionnelles à titre de garantie. A l'analyse de la jurisprudence française, nous pouvons constater que les conventions de cession de créances civiles à titre de garantie sont requalifiées en nantissement. C'est notamment le cas pour ce qui concerne l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de Cassation en date du 19 décembre 2006 : « En dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance. »

énonciations suivantes : 1°) le nom ou la dénomination sociale du cédant et du cessionnaire ; 2°) la date de la cession ; 3°) et la désignation des créances garanties et des créances cédées. »

L'écrit a surtout pour intérêt ici d'assurer l'identification des créances garanties et des créances cédées. Ce qui place les créanciers, pris dans leur globalité, à l'abri de conventions frauduleuses entre le cédant et l'un d'eux.

ii. Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent

Notion. Le Droit OHADA indique le sens qu'il accorde au transfert fiduciaire d'une somme d'argent au premier alinéa de l'article 87 de l'AUS. Il en ressort que « 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 convention. »

Cette garantie, introduite dans le corpus législatif OHADA à l'occasion de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, a également été projetée dans la catégorie des actes solennels. Car sa validité est soumise à la rédaction d'un écrit et à un certain nombre de mentions obligatoires.

Mentions obligatoires. En effet, l'article 88 de l'AUS précise que : « A peine de nullité, la convention détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué. »

Une fois de plus, l'écrit permet ici d'identifier en toute confiance les créances garanties, de même que la hauteur des fonds à écarter du patrimoine du constituant. Ce qui permet de limiter les risques de fraude pouvant intervenir entre le débiteur et l'un, ou certains de ses créanciers.

2- Exigence de l'écrit pour les garanties conférant un droit de préférence

Plan. Deux types de garanties réelles mobilières permettent aux créanciers de bénéficier d'un droit de préférence sur le bien sur lequel elles portent. Pour ces deux types de garanties, l'écrit est indispensable à leur constitution. Ce sont le gage (a), et le nantissement (b).

a- Le gage

Notion. Le droit OHADA adopte, à l'article 92 de l'AUS, une définition du gage quasiment identique à celle que retient le Droit français depuis la réforme du droit des sûretés introduite

par l'ordonnance du 23 mars 2006²⁴⁴. C'est « le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs. »

Ainsi, le Droit OHADA rompt lui aussi avec le caractère réel qui était historiquement associé au gage, et qu'on retrouvait dans l'AUS initial. Le contrat de gage se formait en effet par la remise de la chose²⁴⁵. En outre, nous pouvons constater que le Droit OHADA fait du gage, une garantie dont l'objet ne peut qu'être un bien meuble corporel.

Dans le cadre des nouvelles règles appliquées au gage, le législateur OHADA distingue un régime de droit commun du gage d'une part, et détaille des règles spécifiques à trois types de gages d'autre part : le gage du matériel professionnel, le gage de véhicules automobiles, et le gage de stocks.

Mentions obligatoires. L'analyse des dispositions relatives au régime de droit commun du gage nous permet de faire le constat selon lequel le gage est un contrat solennel. Pour être valablement formé, celui-ci est soumis à la rédaction d'un écrit et la mention d'un certain nombre d'éléments précis. Cette exigence s'affiche à la lecture du premier alinéa de l'article 96 de l'AUS qui dispose que : « A peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature. »

L'AUS n'apportant pas de précision quant à la forme de l'écrit, le gage peut être constitué sous la forme authentique ou par acte sous seing privé. L'écrit permet ici de renforcer la confiance globale des créanciers à l'égard de ce mécanisme de garantie dès lors que le transfert de possession de la chose n'en est plus une condition indispensable. En effet, l'écrit réduit les risques de fraude entre le débiteur et un ou certains créanciers ; notamment lorsque la date de constitution de la garantie peut être déterminée avec certitude.

²⁴⁴ Art. 2333 al. 1^{er} du Code civil français : « le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs. »

²⁴⁵ Art. 44 de l'AUS initial : « le gage est le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette. »

b- Le nantissement

Notion. Le nantissement est défini à l'article 125 de l'AUS comme « l'affectation d'un bien meuble incorporel, ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables. »

Par opposition au gage, le nantissement est donc une garantie réservée aux biens meubles incorporels. Nous pouvons également noter que le législateur OHADA a, à un régime de droit commun du nantissement, préféré distinguer différents régimes spéciaux.

Absence de droit commun. En effet, au sein de l'AUS, sont déterminées les règles relatives au nantissement de créance, au nantissement de compte bancaire, au nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, au nantissement de comptes de titres financiers, au nantissement des droits de propriété intellectuelle, et au nantissement du fonds de commerce²⁴⁶.

Le choix opéré par le législateur OHADA, de n'organiser qu'exclusivement des régimes spéciaux du nantissement, fait apparaître la problématique de la validité dans l'espace OHADA, des conventions de nantissement portant sur des meubles incorporels autres que ceux énumérés dans l'AUS.

D'une part, au regard du second alinéa de l'article 4 de l'AUS, les sûretés réelles sont soumises à un numéris clausus ; le quatrième alinéa de ce même article laissant toutefois aux Etats Membres la liberté de légiférer sur des sûretés réelles propres au droit fluvial, maritime et aérien, et celles qui garantissent l'exécution de conventions conclues exclusivement entre établissements de financement. D'autre part, l'article 126 de l'AUS, énumérant les différents types de nantissements admis, semble donner un caractère non-limitatif à la liste qu'elle délivre, précédant son énumération de l'adverbe « notamment ».

Le numéris clausus souligné à l'article 4 de l'AUS pourrait être regardé comme s'appliquant uniquement aux différentes formes de sûretés admises en Droit OHADA. Une fois qu'est admise une forme particulière de sûreté, ses différentes déclinaisons devraient échapper, sauf indication contraire, à toute limitation. Ceci ouvre la voie à la reconnaissance d'autres types de nantissements que ceux qui sont spécifiquement prévus par l'AUS.

²⁴⁶ Art. 126 de l'AUS : « Peuvent notamment être nantis : les créances ; le compte bancaire ; les droits d'associés, les valeurs mobilières et le compte de titres financiers ; le fonds de commerce ; les droits de propriété intellectuelle. »

La difficulté qui survient dès lors est relative à la détermination du régime applicable à ces autres types de nantissements. Rien ne fait obstacle à ce que les Etats Membres envisagent et organisent, au sein de leur législation, d'autres types de nantissements ; sous réserve bien entendu de respecter la définition qui en est donnée à l'article 125 de l'AUS.

Dans le cas où nous nous retrouverions dans une hypothèse de vide législatif, c'est-à-dire celle où nous serions face à un nantissement n'étant pas spécialement réglementé, que ce soit par l'AUS, ou par la législation nationale applicable, il serait envisageable de reconnaître assez largement aux parties, la possibilité de définir les contours de la convention de nantissement à laquelle elles souhaiteraient souscrire²⁴⁷.

Il serait cependant utile qu'à travers sa jurisprudence, la CCJA découvre un certain nombre de règles de droit communes à l'ensemble des types de nantissements, et auxquelles devraient a minima se soumettre les parties à un contrat de nantissement dont l'objet porterait sur un bien meuble incorporel non envisagé au sein de l'AUS. De ces règles communes, ressort notamment le caractère solennel du nantissement.

Solennité du nantissement. En effet, les cas spéciaux de nantissement prévus par l'AUS exigent dans leur ensemble la rédaction d'un écrit à titre de validité.

C'est notamment le cas du nantissement de créance, pour lequel il est indiqué à l'article 127 de l'AUS qu'à peine de nullité, il « doit être constaté dans un écrit contenant la désignation des créances garanties et des créances nanties ou, si elles sont futures, les éléments de nature à permettre leur individualisation, tels que l'individualisation du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance. »

C'est également le cas pour le nantissement de compte bancaire, assimilé au nantissement de créance par le Droit OHADA. Pour la détermination du régime du nantissement de compte bancaire, l'article 136 de l'AUS nous renvoie aux règles applicables au nantissement de créance. Il y est précisément indiqué que « le nantissement de compte bancaire est un

²⁴⁷ C'est notamment la position qu'a suivie la Cour d'Appel de Ouagadougou dans une décision rendue en 2007 à propos du nantissement, entendu dans le sens qui lui était donné antérieurement à la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010. Arrêt n° 053 du 16 mars 2007, Financière du Burkina c/ OUEDRAOGO Fatimata et Centre Hospitalier Universitaire Yalgado OUEDRAOGO ? Ohadata J-09-52 : "Aux termes de l'article 1^{er} AUS, « les sûretés sont les moyens accordés au créancier par la loi de chaque partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des conventions, quelle que soit la nature juridique de celles-ci ». Dans le cas d'espèce, la convention des parties a été faite pour garantir l'exécution des obligations. Dès lors, même si le marché administratif ne figure pas dans la liste des biens (corporels ou incorporels) susceptibles d'être nantis dressée par l'article 63 AUS, la convention des parties ne peut être annulée. Toutes les formalités afférentes au gage ayant été respectées, il convient de dire que la convention signée entre les parties est un contrat de gage. »

nantissement de créance. Les règles qui régissent celui-ci sont applicables, sous réserve des dispositions de la présente section. »

En ce qui concerne le nantissement des droits d'associés et de valeurs mobilières, l'exigence de l'écrit apparait à l'article 141 de l'AUS : « A peine de nullité, le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières doit être constaté dans un écrit contenant les mentions suivantes... »

Tout comme les formes de nantissement précédentes, le nantissement de comptes de titres financiers doit à titre de validité être convenue par écrit, et les parties se doivent de se soumettre à un certain nombre de mentions manuscrites. En effet, l'article 147 de l'AUS énonce que « le nantissement de comptes de titres financiers est constitué, tant à l'égard des parties, qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire du compte. La déclaration constitutive du nantissement comporte, à peine de nullité, les mentions suivantes... »

De même, le nantissement des droits de propriété intellectuelle doit, au regard de l'article 157 de l'AUS, à peine de nullité, « être constaté dans un écrit » contenant un certain nombre de mentions obligatoires.

Enfin, le nantissement du fonds de commerce suit les mêmes contraintes, puisque l'article 163 de l'AUS dispose que : « A peine de nullité, le nantissement du fonds de commerce doit être constaté dans un écrit contenant les mentions suivantes... »

Pour tous ces types de nantissements, l'écrit permet de renforcer de manière globale la confiance entre les créanciers et les débiteurs, car réduisant les risques de fraude pouvant intervenir entre ces derniers et l'un des premiers.

II- Etendue des créances garanties

Plan. Le Droit OHADA, à la suite de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, admet de manière plus souple, les créances pour lesquelles les parties sont en mesure de prendre des garanties. C'est aussi bien le cas en matière de garanties réelles immobilières (A) qu'en ce qui concerne les garanties réelles mobilières (B).

A- Souplesse en matière de garantie réelle immobilière

Spécialité de la créance garantie. Le législateur OHADA permet la constitution d'une hypothèque en vue de garantir non seulement de créances présentes, mais également de créances futures²⁴⁸. La principale exigence à laquelle doivent se conformer les parties concernant ces créances est le respect du principe de spécialité.

En effet, les articles 190 et 204²⁴⁹ de l'AUS indiquent que la créance pour laquelle une hypothèque est constituée doit être déterminée, ou du moins déterminable.

Ce principe de spécialité suppose que toutes les informations permettant d'identifier la créance soient indiquées dans l'acte de constitution de la garantie. Ainsi, l'indication des parties à la créance pourrait être nécessaire à cette identification. Relever la nature de l'acte à l'origine de laquelle la créance est née pourrait également présenter un grand intérêt. Enfin, le montant de la créance pour laquelle la garantie est prise doit être mentionné. Ce montant peut être simplement déterminable. Dans ce cas, les éléments permettant de le rendre déterminable doivent figurer à l'acte de constitution de la garantie.

L'assouplissement introduit par le législateur OHADA en matière de créances garanties permet de rendre plus attractive la garantie en même temps qu'est supprimée une cause de nullité dont l'utilité était douteuse, puisque la règle sur laquelle celle-ci s'appuyait ne se justifiait par aucune volonté particulière de protection des parties.

B- Souplesse en matière de garantie réelle mobilière

Premières vues. Les garanties réelles mobilières, aussi diverses soient-elles, ont quasiment toutes en commun le fait qu'elles puissent être constituées pour garantir non seulement des créances présentes, mais également des créances futures. Ce constat ressort de manière évidente de la lecture des règles applicables aux garanties réelles mobilières plaçant le bénéficiaire dans une situation d'exclusivité (1), et à celles conférant un droit de préférence (2).

²⁴⁸ Art. 190 de l'AUS précité.

²⁴⁹ Art. 204 de l'AUS : « l'hypothèque conventionnelle doit être consentie pour une somme déterminée ou au moins déterminable en principal et portée à la connaissance des tiers par l'inscription de l'acte. Le débiteur aura droit, s'il y a lieu par la suite, de requérir la réduction de cette somme en se conformant aux règles de la publicité foncière prévues à cet effet. »

1- Créances et garanties mobilières assurant l'exclusivité

Limites liées à la nature de la garantie. Le droit de rétention et la clause de réserve de propriété, garanties mobilières assurant au créancier qui en bénéficie une absence de concours avec d'éventuels autres créanciers, ne pouvant qu'être, en raison de leur nature, utilisés pour garantir des créances présentes, la possibilité de garantir des créances présentes et futures ne se présente ici que lorsqu'il s'agit de propriété cédée à titre de garantie.

Spécialité de la créance garantie. Le législateur OHADA admet à l'article 79 de l'AUS²⁵⁰ la possibilité de céder un bien à titre de garantie d'une créance présente ou future. Dans le sens des exigences posées en matière d'hypothèque, le Droit OHADA impose que les parties se soumettent au principe de spécialité.

En effet, l'article 81 de l'AUS, précise pour ce qui est de la cession de créance à titre de garantie que les parties sont tenues de désigner, dans l'acte de cession, les créances cédées. Il souligne également, en son second alinéa, notamment pour ce qui est des créances futures, que « l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance ».

Pour le second mode de transfert de propriété à titre de garantie organisé par l'AUS, le transfert fiduciaire de somme d'argent, le législateur OHADA indique simplement à l'article 88 de l'AUS²⁵¹ que, les créances garanties doivent être déterminées dans la convention, à peine de nullité. Il ne fait aucun doute ici, tant en ce qui concerne les créances présentes que pour ce qui est des créances futures, que cette détermination passe, tout comme en matière de cession de créance à titre de garantie, par l'inscription dans la convention d'éléments tels que l'identité des parties, l'évaluation des créances garanties, leur échéance, ou encore le lieu de paiement.

2- Créances et garanties mobilières conférant un droit de préférence

Plan. Le gage (a) et les différentes formes de nantissement prévues par l'AUS (b) autorisent dans leur ensemble la garantie par les parties, de toutes sortes de créances.

²⁵⁰ Article précité.

²⁵¹ Article 88 de l'AUS : « A peine de nullité, la convention détermine la ou les créances garanties, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué. »

a- Créances garanties et gage

Spécialité de la créance garantie. L'AUS, en son article 93, dispose que : « le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables. »

Ainsi, le gage permet aux parties, dans la lignée des mécanismes abordés précédemment, de garantir toute créance, indépendamment de son caractère actuel ou futur. Toutefois, il est exigé des parties qu'elles se conforment au principe de spécialité des créances garanties.

En effet, il paraît utile de relever que les créances garanties doivent être déterminées par les parties, ou *a minima* être déterminables. C'est en ce sens qu'il est exigé à l'article 96²⁵² de l'AUS, que la garantie soit désignée dans la convention. L'identification du débiteur, la cause de la créance, son évaluation, font partie des éléments permettant une détermination adéquate de la créance.

b- Créances garanties et nantissements

Spécialité de la créance garantie : principe commun à l'ensemble des nantissements. Nous avons précédemment noté qu'en matière de nantissement, aucun régime commun n'a été organisé par le législateur OHADA. En effet, six régimes spéciaux ont été envisagés. Tous doivent néanmoins s'appuyer sur l'article 125 de l'AUS²⁵³ définissant le nantissement. Or celui-ci valide la constitution de nantissements en vue de garantir des créances présentes ou futures, à condition qu'elles soient déterminées, ou du moins déterminables.

Par conséquent, ces créances doivent se soumettre aux contraintes découlant de l'application du principe de spécialité. Elles doivent ainsi être correctement identifiées dans l'acte de garantie.

Cela est vrai pour le nantissement de créance et le nantissement de compte bancaire répondant au même régime, à quelques exceptions près. En effet, l'article 127 de l'AUS impose que la convention désigne les créances garanties ; et lorsqu'elles sont futures, que des éléments susceptibles de permettre leur individualisation y apparaissent. Ces éléments pourraient être

²⁵² Article précité.

²⁵³ Article précité.

l'indication du débiteur, le montant de la créance, son échéance, ou encore le lieu de paiement²⁵⁴.

Cela est également vrai pour le nantissement de droits d'associés et valeurs mobilières, dont l'acte de constitution doit comporter « les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance²⁵⁵. »

Concernant le nantissement de comptes de titres financiers, le législateur OHADA reprend sensiblement les mêmes termes : la déclaration constitutive de nantissement doit comporter « les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance²⁵⁶. »

Il en est de même pour ce qui est du nantissement de droits de propriété intellectuelle. Car le législateur OHADA déclare à l'article 157 de l'AUS que l'acte de nantissement de droits de propriété intellectuelle doit contenir « les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance²⁵⁷. »

Enfin, le nantissement du fonds de commerce ne déroge pas à ce mimétisme ; puisqu'il est indiqué à l'article 163 de l'AUS que, doivent figurer dans la convention de constitution « les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance²⁵⁸. »

III- Etendue de l'assiette de la garantie

Plan. Le législateur OHADA a, lorsque le mécanisme de garantie le permettait, décidé d'étendre le domaine des biens pouvant être mis en garantie par les parties. Cela est vrai en matière de garantie réelle immobilière (A). Cela est tout autant vrai en matière de garantie réelle mobilière (B).

²⁵⁴ Article 127 de l'AUS précité.

²⁵⁵ Article 141 - 4°) de l'AUS.

²⁵⁶ Article 147 - 3°) de l'AUS.

²⁵⁷ Article 157 - 3°) de l'AUS.

²⁵⁸ Article 163 - 4°) de l'AUS.

A- Assiette élargie en matière de garantie réelle immobilière

Principe du caractère présent de l'objet de la garantie. L'AUS, en son article 192, énonce l'interdiction de principe d'hypothéquer les immeubles futurs. En effet, il est indiqué au premier alinéa de l'article 192 que : « sauf disposition contraire, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'une hypothèque ».

Le terme « immeubles présents » désigne ici les biens immobiliers sur lesquels le constituant dispose des prérogatives découlant du droit de propriété ; c'est-à-dire l'usus, le fructus et l'abusus. Par extension, peuvent être inclus dans la catégorie des immeubles présents, les biens immobiliers sur lesquels le constituant ne dispose que d'une des prérogatives du droit de propriété.

Peuvent pareillement être considérés comme immeubles présents, les biens immobiliers sur lesquels le constituant dispose simplement d'un droit conditionnel. Toutefois, il pourrait être utile de noter que l'efficacité de la garantie constituée sur un tel droit est soumise à sa réalisation. C'est ce qu'indique le premier alinéa de l'article 194 de l'AUS : « Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit soumis à condition, résolution, ou rescision régulièrement publiés ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions, résolutions ou rescisions ».

Par opposition, la notion d'immeuble futur est ici utilisée pour désigner les biens immobiliers « sur lesquels le constituant n'a encore aucun droit, ni actuel, ni conditionnel »²⁵⁹.

Cette limitation est une illustration du principe selon lequel nul ne peut constituer une garantie, acte grave, se rapprochant du fait de sa nature, d'un acte de disposition, sur un bien dont il n'est pas propriétaire. Ce principe est d'ailleurs rappelé au premier alinéa de l'article 203 de l'AUS qui dispose 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 ».

Exceptions. Toutefois, ce principe souffre d'un certain nombre d'exceptions en matière d'hypothèque conventionnelle, révélées elles aussi à la suite du premier alinéa de l'article 203 de l'AUS²⁶⁰.

La première permet au débiteur démuné d'immeuble, ou dont les biens immobiliers ne suffisent pas à garantir la créance souscrite, d'affecter par avance ceux dont il deviendra propriétaire par

²⁵⁹ L. Aynès, P. Crocq, Droit des sûretés, LGDJ, 9ème édition, n° 666.

²⁶⁰ Le législateur OHADA reprend ici, en des termes identiques, l'article 2420 du code civil français.

la suite, au fur et à mesure de leur acquisition, à la satisfaction du créancier²⁶¹. Cette affectation anticipée des immeubles futurs du débiteur ne produit sans doute pas des effets illimités dans le temps, et doit être proportionnée en fonction de la hauteur de la créance non couverte au moment de la constitution de la garantie.

La seconde autorise le débiteur dont l'immeuble sur lequel a été constituée une hypothèque a péri, ou a subi des dégradations assez importantes pour voir sa valeur devenir insuffisante à garantir la dette contractée, à consentir à l'affectation des immeubles qu'il acquerra à l'avenir à la satisfaction du créancier²⁶².

Cette option se doit d'être distinguée du mécanisme de subrogation réelle qui permettrait, en l'absence de toute nouvelle convention, de reconstituer l'assiette de la garantie en y intégrant les nouvelles constructions effectuées sur le lieu de situation de l'immeuble détruit. Elle nécessite, pour sa mise en œuvre, une nouvelle convention entre le débiteur et le créancier, et consiste à affecter les immeubles futurs du premier au fur et à mesure de leur construction, indépendamment de leur lieu de situation, à la garantie de la créance initiale.

En l'absence d'accord, le débiteur s'expose à une déchéance du terme de l'obligation, ainsi que le rappelle le législateur OHADA à l'article 203- 2°) in fine de l'AUS, indépendamment d'ailleurs du rôle ou de l'absence de rôle joué par le débiteur dans la destruction ou la dégradation de l'immeuble. Cette possibilité de déchéance du terme est plus clairement exposée à l'article 222 de l'AUS. Il en ressort que : « Dans le cas où l'immeuble hypothéqué devient insuffisant pour garantir sa créance, par suite de destruction ou de dégradation, le créancier peut poursuivre le paiement de sa créance avant le terme ou obtenir une autre hypothèque ».

La troisième option permet au bénéficiaire d'un droit de superficie de constituer une hypothèque sur les bâtiments et ouvrages qui verront le jour, ou déjà en cours de construction, sur le fonds sur lequel repose ce droit²⁶³. Plus qu'une hypothèque sur immeuble futur, il s'agit surtout d'une application de la théorie de l'accession qui consiste en l'extension des droits du

²⁶¹ Article 203 – 1°) de l'AUS : « 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 peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ».

²⁶² Article 203 – 2°) de l'AUS : « Celui dont l'immeuble présent assujéti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance le peut pareillement, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement ».

²⁶³ Article 203 – 3°) de l'AUS : « Celui qui possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, sur le domaine public ou sur le domaine national peut hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée ; en cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est simplement reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même emplacement ».

titulaire d'un bien ou droit immobilier, à toute chose s'unissant ou s'incorporant à elle. Ce qui explique que le droit de superficie, droit réel immobilier pouvant faire l'objet d'une hypothèque, permette lorsqu'il est exploité, d'agrandir l'assiette de l'hypothèque dont il est grevé.

Toutes ces exceptions mettent sérieusement à mal le principe de spécialité de l'assiette de la garantie auquel doivent se plier les parties au regard de l'article 190 de l'AUS²⁶⁴. Ce texte, nous le rappelons, impose en effet que le bien immobilier mis en garantie soit déterminé ou au moins déterminable. Cette exigence pourrait se traduire, ainsi que le fait le Droit français²⁶⁵, par la mention dans l'acte de constitution de l'hypothèque, de la nature et de la situation de l'immeuble, ou de chacun des immeubles, faisant l'objet de la garantie. Or la désignation, dans l'acte de constitution, de la nature et de la situation des immeubles hypothéqués serait difficilement réalisable dans l'hypothèse où un débiteur souhaiterait constituer une garantie sur les immeubles qu'il pourrait acquérir à l'avenir.

B- Assiette élargie en matière de garantie réelle mobilière

Plan. Le Droit OHADA fait preuve d'une grande souplesse concernant les biens susceptibles de faire l'objet d'une garantie réelle mobilière ; que cette dernière confère à son bénéficiaire, sur ce bien, un droit exclusif (1) ou un droit de préférence (2).

1- Assiette et garanties mobilières conférant un droit exclusif

Limites liées à la nature de la garantie. Dans un sens identique à que ce qu'il nous a été donné d'observer à propos des créances pouvant être valablement garanties, le droit de rétention et la clause de réserve de propriété ne peuvent, en raison de leur nature, avoir pour objet que des biens dits présents.

A ceux-ci, s'ajoute le transfert fiduciaire de somme d'argent, dont l'objet porte sur la cession de fonds visant à garantir l'exécution d'une obligation, il n'est techniquement pas possible d'opérer un transfert de bien futur à titre de garantie.

²⁶⁴ Article précité.

²⁶⁵ Article 2418 du Code civil français : « La constitution d'une hypothèque conventionnelle n'est valable que si le titre authentique constitutif de la créance ou un acte authentique postérieur déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles sur lesquels l'hypothèque est consentie ».

Exception de la cession de créance à titre de garantie. L'autre garantie réelle mobilière conférant un droit exclusif prévue par le législateur OHADA, qu'est la cession de créance à titre de garantie, est quant à elle susceptible d'être régulièrement constituée tant sur des biens présents que sur des biens futurs²⁶⁶.

Sans opérer de distinction entre celles qui sont garanties et celles qui forment l'objet d'une garantie, le législateur OHADA, au second alinéa de l'article 81 de l'AUS, précise les conditions auxquelles pourraient être admises des créances futures. Il indique en effet que « si les créances sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci ».

2- Assiette et garanties mobilières conférant un droit de préférence

Plan. Aussi bien en matière de gage (a) que de nantissement (b), le Droit OHADA fait preuve de souplesse quant à la nature des biens pouvant faire l'objet d'une garantie.

a- Assiette du gage

Assiette large. Qualité Il ressort, à la lecture de l'article 92 de l'AUS²⁶⁷, que le gage peut avoir pour objet un bien meuble ou un ensemble de biens meubles, qu'ils soient présents ou simplement futurs.

Qualité de propriétaire du garant. Sont considérés comme présents les biens meubles sur lesquels le constituant dispose d'un droit de propriété. C'est ce que rappelle le législateur OHADA à l'article 95 de l'AUS lorsqu'il indique que « le constituant d'un gage de biens présents doit être propriétaire de la chose gagée ». Condition de constitution de la garantie, le droit de propriété du constituant sur le bien mis en garantie est par conséquent une exigence sanctionnée par la nullité de la convention.

Toutefois, soulignons que le détenteur d'un bien mobilier peut aisément apparaître comme celui qui en détient le titre de propriété. Or, le transfert de détention d'un bien meuble, notamment corporel, étant assez aisé et ceux-ci ne faisant l'objet d'aucune immatriculation, la probabilité

²⁶⁶ Article 79 de l'AUS précité.

²⁶⁷ Article précité.

qu'un bien meuble corporel soit mis en garantie par un individu qui n'en est pas le propriétaire, mais seulement le détenteur, paraît importante. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA prévoit une mesure de protection au profit des créanciers bénéficiaires d'un gage.

Absence de droit de propriété du garant. En effet, en son article 95 in fine, l'AUS dispose que dans l'hypothèse où le constituant du gage n'est pas le propriétaire de la chose gagée, « le créancier gagiste peut s'opposer à la revendication du propriétaire dans les conditions prévues pour le possesseur de bonne foi ».

Ceci implique que le créancier bénéficiaire d'un gage qui, au moment de la constitution de la garantie, avait une croyance totale en la détention par le constituant d'un droit de propriété sur le bien meuble objet de la garantie, reste à l'abri des effets de la nullité, conséquence normale de l'absence de qualité de propriétaire du constituant, et conserve la possibilité d'opposer au véritable propriétaire, les droits qu'il a acquis.

Concernant les meubles futurs, peuvent être désignés ainsi ceux qui, existant, appartiennent encore à un autre que le constituant, et également les meubles qui n'ont pas encore vu jour. La validité des conventions de gage constituées sur ces biens futurs se doit normalement d'être soumise au principe de spécialité caractérisant les garanties réelles. Par conséquent, le bien meuble futur doit être identifié ou du moins identifiable dans l'acte de constitution du gage.

b- Assiette du nantissement

Assiette large. Le champ des biens susceptibles de faire l'objet d'un nantissement est largement étendu en Droit OHADA. En effet, à la lecture de l'article 125 de l'AUS²⁶⁸, il est possible de relever que le nantissement peut avoir pour objet un bien meuble ou un ensemble de biens meubles. Ces biens meubles peuvent par ailleurs être présents ou futurs.

Conformément à ce qui a été indiqué plus tôt, cette souplesse s'accompagne d'une contrainte : le respect du principe de spécialité. Par conséquent, les biens meubles nantis doivent être clairement identifiés et a minima identifiables dans l'acte de constitution de la garantie.

²⁶⁸ Article précité.

IV- Publicité des garanties réelles

Premières vues. Par opposition aux garanties personnelles dont nous pouvons souligner le caractère globalement occulte, les garanties réelles, qu'elles soient mobilières ou immobilières, sont marquées, dans le sens de l'amélioration de leur efficacité, par leur publicité. Largement organisée par le droit OHADA en matière de garantie mobilière (A), la publicité ne fait l'objet que d'une harmonisation *a minima* en ce qui concerne les garanties réelles immobilières (B). Nous pouvons également noter que les privilèges n'y échappent pas non plus (C).

A- Publicité des garanties réelles mobilières

Notion. La publicité s'entend, dans le contexte des garanties, comme une formalité dont le sens est de porter à la connaissance de tous, ou *a minima* des personnes qui pourraient y être intéressées, la conclusion d'un acte ou la constitution d'un droit sur un bien.

Cette fonction informative en masque à peine une autre dont l'importance est sans doute plus élevée : la protection des différents acteurs de l'économie ; en particulier les créanciers. En effet, ces derniers ont besoin d'avoir une connaissance claire, précise et fiable des droits qui grèvent un bien sur lequel la constitution d'une garantie est envisagée. La parole seule du débiteur ou du potentiel débiteur n'étant pas suffisante à garantir cette fiabilité, la mise en place d'un outil objectif est nécessaire au développement de la confiance qu'on sait indispensable en matière de crédit. Cet outil, au sein de la législation OHADA, est le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier (RCCM).

Domaine. Traditionnellement rattachée aux droits immobiliers en général, et aux garanties réelles immobilières en particulier, la publicité concerne désormais pleinement, au sein des Etats-Membres de l'OHADA, les garanties réelles mobilières.

En effet, à quelques exceptions près, les garanties réelles mobilières conférant un droit exclusif au créancier, et celles permettant de bénéficier d'un droit de préférence sont soumises au respect d'un certain nombre de formalités à titre de publicité.

Publicité des garanties exclusives. Concernant les garanties réelles mobilières assurant une exclusivité au créancier, la publicité trouve sa place dans les domaines de la propriété retenue

et de la propriété cédée à titre de garantie. La réserve de propriété et la cession de créance à titre de garantie sont particulièrement concernées²⁶⁹.

Pour ce qui est de la réserve de propriété, l'article 74 de l'AUS indique qu'elle n'est opposable aux tiers que si elle « a été régulièrement publiée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

Quant à la cession de créance à titre de garantie, l'article 82 de l'AUS précise qu'elle « devient opposable aux tiers à compter de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier »²⁷⁰.

Nous pouvons dès à présent constater à travers ces textes que la publicité joue en matière de garantie réelle mobilière, non pas le rôle d'une condition nécessaire à la validité de la convention ; son absence ne remettant pas en cause le lien créé par les parties ; mais plutôt celui d'une formalité qui une fois accomplie, fait naître à l'égard des tiers, une présomption irréfutable de connaissance de l'existence des droits acquis par le créancier sur le bien.

La publicité est par conséquent protectrice non seulement des tiers, en les informant au mieux de la situation d'un éventuel débiteur quant aux droits grevant ses biens, mais également du créancier garanti qui est préservé des risques de fraude pouvant intervenir entre le débiteur et d'autres créanciers au détriment du créancier gagé²⁷¹.

Publicité des garanties réelles préférentielles. Concernant les garanties réelles mobilières accordant au créancier un droit de préférence, aussi bien le gage que le nantissement, connaissent la contrainte de la publicité.

Publicité du gage. En matière de gage, la publicité n'est qu'une option pour le créancier. En effet, le créancier gagiste qui souhaiterait avoir la possibilité d'opposer aux tiers les droits qu'il a acquis, pourrait soit procéder à l'inscription de la garantie au Registre du Commerce et du

²⁶⁹ Le transfert fiduciaire de somme d'argent échappe à l'obligation de publicité. L'article 89 de l'AUS prévoit en effet que : « le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur de compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué ».

²⁷⁰ Article 82 al. 1 : « A la date de sa conclusion, le contrat de cession d'une créance, présente ou future, à titre de garantie, prend immédiatement effet entre les parties, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance cédée et devient opposable aux tiers à compter de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et ce, quelle que soit la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence de son débiteur ».

²⁷¹ Le droit de rétention, en raison de la mainmise du créancier sur le bien, ne laisse d'une part aucune chance au risque d'ignorance de l'existence de droits préalables sur le bien, et d'autre part met le détenteur à l'abri de fraudes pouvant intervenir entre le débiteur et d'autres créanciers. Les fonctions remplies par la publicité étant ainsi déjà assurées, l'opportunité d'en instaurer une n'était pas évidente.

Crédit Mobilier, soit obtenir du débiteur qu'il remette le bien objet de la garantie entre ses mains ou entre celles d'un tiers qu'ils auront communément désigné²⁷².

A l'image du constat que nous avons effectué concernant le droit de rétention, la détention du bien meuble objet de la garantie par le créancier, ou par un tiers désigné conjointement par les parties, a un effet de protection équivalent à celui qui se dégage d'une publicité réalisée par la voie d'une inscription au RCCM.

Publicité des nantissements. En matière de nantissement, les différents régimes spéciaux envisagés par l'AUS se soumettent à l'exigence de publicité.

Le nantissement de créance n'est opposable aux tiers qu'à compter de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier au regard de l'article 131 de l'AUS²⁷³. Répondant au même régime que le nantissement de créance, conformément à l'article 136 de l'AUS²⁷⁴, le nantissement de compte bancaire doit, pour être efficace à l'égard des tiers, lui aussi être soumis à l'obligation d'inscription au RCCM.

Pour ce qui est du nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, du nantissement de droits de propriété intellectuelle, et du nantissement de fonds de commerce, les articles 143²⁷⁵, 160²⁷⁶ et 165²⁷⁷ de l'AUS envisagent en des termes quasi-identiques leur publicité par le biais d'une inscription au RCCM.

Concernant le nantissement de comptes de titres financiers, l'AUS ne prévoit exceptionnellement aucun mécanisme de publicité. Ce type de garantie est opposable aux tiers

²⁷² Article 97 al. 1^{er} de l'AUS : « 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 ».

²⁷³ A la date de sa conclusion, le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance nantie et devient opposable aux tiers à compter de son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, et ce, quelles que soient la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence de son débiteur ».

²⁷⁴ Article précité.

²⁷⁵ Article 143 al. 1 de l'AUS : « Sous réserve des dispositions spéciales relatives au droit des sociétés commerciales et des personnes morales concernées, le nantissement conventionnel ou judiciaire n'est opposable aux tiers dans la mesure et selon les conditions prévues par les articles 51 à 66 du présent Acte uniforme que s'il est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

²⁷⁶ Article 160 al. 1 de l'AUS : « Le nantissement conventionnel ou judiciaire n'est opposable aux tiers dans la mesure et selon les conditions prévues par les articles 51 à 66 du présent Acte uniforme que s'il est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

²⁷⁷ Article 165 al. 1 de l'AUS : « Le nantissement conventionnel ou judiciaire n'est opposable aux tiers dans la mesure et selon les conditions prévues par les articles 51 à 66 du présent Acte uniforme que s'il est inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

dès le moment de sa constitution ; c'est-à-dire à la signature d'une déclaration de nantissement par le titulaire du compte²⁷⁸.

Pour certaines formes de nantissement, l'AUS envisage en supplément de la constitution par voie conventionnelle, une constitution judiciaire. C'est notamment le cas en matière de nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières²⁷⁹, de nantissement de droits de propriété intellectuelle²⁸⁰, ou encore de nantissement de fonds de commerce²⁸¹.

Publicité particulière aux nantissements judiciaires. Le Droit OHADA a prévu, pour les nantissements judiciaires, des règles particulières de publicité. Les nantissements judiciaires sont régis au regard des dispositions des articles 142, 158 et 164 de l'AUS, par les règles applicables à la saisie conservatoire des titres sociaux. Ils ont donc la particularité de se constituer en deux temps. Une première décision donnant autorisation de nantissement doit être accordée au créancier par le juge. Une telle décision ne peut être prise que si le créancier fait valoir le fait qu'il dispose d'une créance au moins fondée en son principe, dont le recouvrement est, en raison des circonstances, menacé²⁸². Elle doit être suivie d'une seconde décision de validation du nantissement accordé pour que les effets de celui-ci soient définitifs.

Ce mécanisme à double détention influe profondément sur les modalités de publicité des nantissements judiciaires. En effet, suite à la première décision donnant autorisation de nantissement au profit du créancier, celui-ci a pour obligation, s'il souhaite opposer aux tiers les droits dont il bénéficie, de prendre une inscription provisoire. Cette inscription provisoire doit être confirmée par une inscription définitive devant normalement intervenir après la seconde décision dite de validation du nantissement, une fois que celle-ci sera passée en force de chose jugée. C'est ce que traduisent les articles 143 al. 2, 160 al. 2 et 165 al. 2 de l'AUS, lorsqu'ils énoncent, en des termes identiques, que : « l'inscription provisoire et l'inscription

²⁷⁸ Article 147 de l'AUS : « Le nantissement de comptes de titres financiers est constitué, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire du compte ».

²⁷⁹ Article 142 al. 1 de l'AUS : « La juridiction compétente peut autoriser le créancier à prendre une inscription de nantissement sur les droits d'associés et valeurs mobilières ».

²⁸⁰ Article 158 al. 1 de l'AUS : « La juridiction compétente peut autoriser le créancier à prendre une inscription de nantissement sur les droits de propriété intellectuelle ».

²⁸¹ Article 164 al. 1 de l'AUS : « La juridiction compétente peut autoriser le créancier à prendre une inscription de nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur ».

²⁸² Article 54 de l'AUPSRVE : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement ».

définitive doivent être prises, respectivement, après la décision autorisant le nantissement et la décision de validation passée en force de chose jugée ».

Le Droit OHADA n'indique cependant pas le délai dans lequel doivent intervenir l'inscription provisoire et l'inscription définitive, à la suite de la décision d'autorisation et de la décision de validation du nantissement, ni le moment permettant de déterminer la date d'opposabilité du nantissement judiciaire.

Il ne serait pas choquant que, similairement à ce qui a été envisagé concernant l'hypothèque judiciaire par le Droit OHADA à l'article 221 de l'AUS²⁸³, le nantissement judiciaire ayant fait l'objet d'une inscription définitive, soit opposable aux tiers à compter de la date à laquelle l'inscription provisoire a été effectuée par le créancier bénéficiaire.

Pour ce qui est du délai dont dispose le créancier pour inscrire le nantissement, il n'y aurait aucune gêne à ce que le législateur OHADA laisse le créancier libre de choisir le moment de l'inscription provisoire, à condition qu'elle soit exécutée antérieurement à l'inscription définitive. La date de l'inscription provisoire étant la date à laquelle le créancier bénéficiaire pourrait opposer ses droits aux tiers, il serait la principale victime de son manque de diligence. Par contre, la date de l'inscription définitive devrait pouvoir être enfermée dans un délai, soit raisonnable, soit défini par le juge à l'occasion de la décision de validation.

Durée de l'inscription des garanties réelles mobilières. La validité de l'inscription des garanties mobilières est enfermée dans un délai maximal fixé à dix ans par le législateur OHADA à l'article 58 de l'AUS²⁸⁴. Lorsque la garantie mobilière est le fruit d'une convention, les parties sont libres, dans la limite du plafond indiqué, de fixer la durée de l'inscription. Celle-ci peut toutefois être renouvelée avant l'expiration du délai ; à défaut elle se périmé et fait l'objet d'une radiation²⁸⁵. Lorsque la garantie mobilière naît d'une décision judiciaire, en l'absence de précision des textes, il ne serait pas excessif d'envisager que le juge puisse fixer une durée d'inscription inférieure au plafond de dix ans.

²⁸³ Article cité *infra*.

²⁸⁴ Article 58 alinéa 2 : « les parties peuvent convenir de la durée de validité de l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dans l'acte constitutif de ladite sûreté mobilière sans que cette durée puisse dépasser dix années à compter de l'inscription ».

²⁸⁵ Article 58 alinéa 3 : « Si l'inscription n'a pas été renouvelée avant l'expiration du délai pendant lequel elle produit effet, elle est alors périmée et radiée d'office par le Greffe ou par l'organe compétent dans l'Etat Partie ».

B- Publicité des garanties réelles immobilières

Exigence commune à l'ensemble des garanties réelles immobilières. Tout créancier bénéficiaire d'une hypothèque, qu'elle soit conventionnelle, légale ou judiciaire, se doit en principe, afin d'en assurer l'efficacité, de procéder aux formalités de publicité de sa garantie. C'est en ce sens que l'article 195 de l'AUS indique que « tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'Etat Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet ».

Nous pouvons noter à partir de ce texte que contrairement au choix qui a été fait concernant les garanties réelles mobilières, le législateur OHADA n'harmonise pas les formalités nécessaires à la publicité des hypothèques au sein des différents Etats-Membres. Nous pouvons néanmoins relever la présence d'un certain nombre de principes représentant le socle commun des règles relatives à la publicité des hypothèques en Droit OHADA.

Condition d'opposabilité de la garantie. Tout d'abord, conformément à ce qui a été observé dans le cadre de l'analyse des règles applicables aux garanties réelles mobilières, la publicité a en principe pour effet de rendre opposable aux tiers l'hypothèque constituée, à compter de la date à laquelle les formalités ont été accomplies²⁸⁶.

Exception propre aux prêts à court terme. Il serait toutefois utile de souligner que ce principe souffre d'une exception en matière d'hypothèque conventionnelle ; plus précisément lorsque l'hypothèque est prise afin de garantir le remboursement d'un prêt à court terme. En effet, dans ce cas de figure, le législateur OHADA laisse la possibilité au créancier bénéficiaire de la garantie d'en différer la publication jusqu'à quatre-vingt-dix jours après que celle-ci ait été constituée, tout en bénéficiant de manière rétroactive, de la possibilité d'opposer aux tiers les droits acquis, à compter de leur naissance²⁸⁷.

Cependant, le bénéfice de cette mesure d'exception n'est possible que lorsque le créancier procède à l'inscription de l'hypothèque suivant des règles de publicité spécialement édictées

²⁸⁶ Article 195 al. 2 de l'AUS : « l'hypothèque régulièrement publiée prend rang au jour de l'inscription ».

²⁸⁷ Article 207 al. 1 de l'AUS : « La publication de l'hypothèque conventionnelle garantissant un prêt à court terme peut être différée pendant un délai maximum de quatre-vingt-dix jours sans que le créancier perde le rang qui lui est acquis ».

pour des hypothèques garantissant des prêts à court terme, par le législateur de l'Etat-Membre sur le territoire duquel est situé l'immeuble objet de la garantie²⁸⁸.

Or, certains Etats Membres de l'OHADA ne disposent pas de règles de publicité propres aux hypothèques garantissant des prêts à court terme. L'exception n'y étant pas applicable, nous pourrions convenir de l'application dans ces Etats, des règles de publicité de droit commun.

Publicité particulière aux hypothèques judiciaires. Par ailleurs, dans le même sens que ce que nous avons développé concernant les garanties réelles mobilières judiciaires, la publicité de l'hypothèque judiciaire recouvre une certaine particularité. En effet, elle s'effectue en deux étapes : la première ne fait produire que des effets provisoires, la seconde rend celles-ci définitives.

Tout d'abord, le créancier sollicite la juridiction compétente selon le lieu où le débiteur a son domicile, ou celui où est situé l'immeuble sur lequel la constitution de la garantie est envisagée. Il ne peut lui être accordé qu'une autorisation d'inscription provisoire de l'hypothèque²⁸⁹. Les textes ne le précisent pas, mais nous pouvons, parallèlement aux garanties réelles mobilières, estimer que l'autorisation provisoire d'inscription d'une hypothèque ne saurait être accordée qu'aux personnes justifiant d'une créance au moins fondée en son principe, dont le recouvrement est, en raison des circonstances, menacé.

Sous peine de rétractation de la décision, le créancier bénéficiaire de l'hypothèque doit, dans le respect d'un délai fixé par la juridiction ayant accordé la garantie, former une action en validité d'hypothèque conservatoire ou introduire une demande au fond. C'est ce que rappelle la CCJA dans une décision rendue le 30 mars 2006 lorsqu'elle affirme que : « La sanction de l'inobservation du délai prescrit au créancier pour saisir la juridiction du fond est la rétractation éventuelle de la décision ayant autorisé l'inscription provisoire de l'hypothèque par la juridiction qui l'a ordonnée »²⁹⁰.

²⁸⁸ Article 207 al. 2 : « Le créancier devra se conformer aux dispositions spécialement édictées à cet effet par les règles de publicité concernant les hypothèques garantissant les prêts à court terme, prévues par la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble ».

²⁸⁹ Article 213 al. 1 de l'AUS : « le créancier peut être autorisé à prendre inscription provisoire d'hypothèque sur les immeubles de son débiteur en vertu d'une décision de la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir ».

²⁹⁰ CCJA, 30 mars 2006, n° 07/2006, SCGL c/ A2IC, Ohadata J-07-14. Voir également dans le même sens, l'arrêt rendu par la CCJA le 21 janvier 2016, n° 010/2016, M. DEMBA MOUSSA c/ SGBCI : « Attendu qu'il ressort de l'examen des pièces versées au dossier de la procédure qu'à l'issue du délai de 45 jours impartis par l'ordonnance n° 3050/2010, la SGBCI n'a formé ni la demande de validité de l'inscription provisoire, ni la demande au fond en paiement de sa créance, (...) il y a lieu d'ordonner la rétractation de l'ordonnance n° 3050/2010 du 03 mai 2010 portant autorisation d'inscription provisoire d'hypothèque ».

Toutefois, la juridiction saisie d'une contestation relative à la mise en œuvre d'une hypothèque forcée judiciaire n'est pas tenue de relever d'office la caducité de l'autorisation d'inscription provisoire d'hypothèque. Ainsi, le débiteur souhaitant en bénéficier se doit de l'invoquer devant les juridictions du fond. C'est notamment ce qui ressort de la lecture d'un arrêt rendu par la CCJA le 31 mai 2007. On y retient en particulier que : « Le moyen tiré de la caducité de l'ordonnance d'autorisation de l'inscription d'hypothèque n'a point été soulevé ou discuté, ni en première instance, ni devant le juge d'appel ; qu'il suit que ledit moyen, mélangé de fait et de droit, soulevé pour la première fois en cassation, doit être déclaré irrecevable »²⁹¹.

Il faut également noter que le juge a, dans le cadre de l'autorisation d'inscription provisoire d'hypothèque qu'il accorde, la possibilité d'imposer au créancier le respect d'un certain délai avant de pouvoir saisir la juridiction du fond²⁹².

La survenance d'une décision validant l'hypothèque permet au créancier de procéder à une inscription définitive²⁹³. Il semble toutefois important de noter que cette inscription doit intervenir après que la décision ait acquis l'autorité de la chose jugée, mais au plus tard six mois après la date de survenance de celle-ci²⁹⁴.

La date à laquelle l'hypothèque judiciaire est opposable aux tiers est celle de l'inscription provisoire. Cependant, lorsque le créancier bénéficie, à l'occasion de la décision de validation, de droits plus étendus que ceux obtenus du fait de l'autorisation d'inscription provisoire, les droits supplémentaires ne sont opposables qu'à compter de l'inscription définitive.

Durée de l'inscription. L'hypothèque est inscrite pour une durée déterminée convenue par les parties ou fixée par le juge. Cette durée ne peut en principe pas être supérieure à trente ans à compter du jour où les formalités de publicité sont accomplies. Le Droit OHADA autorise néanmoins les Etats Membres à déroger à cette règle en prévoyant dans leur législation un plafond plus ou moins élevé. Toutefois, le créancier bénéficiaire conserve la possibilité de

²⁹¹ CCJA, 31 mai 2007, n°021/2007, Mme AMANI YAO née KASSI Marie-Louise c/ SOPROCIM SARL, Ohadata J-08-223.

²⁹² Article 213 al. 3 de l'AUS : « Elle fixe au créancier un délai dans lequel il doit, à peine de caducité de l'autorisation, former devant la juridiction compétente l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou la demande au fond, même présentée sous forme de requête à fin d'injonction de payer. Elle fixe, en outre, le délai pendant lequel le créancier ne peut saisir la juridiction du fond ».

²⁹³ En l'absence de décision validant l'hypothèque, l'inscription initiale est rétroactivement privée d'effet.

²⁹⁴ Article 221 al.2 de l'AUS : « Dans les six mois suivant le jour où cette décision a acquis l'autorité de la chose jugée, l'inscription de l'hypothèque qui en résulte est requise conformément à la législation de l'Etat Partie où est situé le bien grevé. Ce qui a été maintenu prend rang à la date de l'inscription provisoire ».

renouveler son inscription avant que celle-ci n'arrive à expiration. Le renouvellement s'effectue pour une durée déterminée²⁹⁵.

C- Publicité des privilèges

Notion. Le Droit OHADA ne donne pas de véritable définition à la notion de privilège. Son sens n'est sans doute pas éloigné de celui que lui accorde le législateur français, qui le désigne à l'article 2324 du Code civil comme « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires.

L'AUS distingue les privilèges généraux des privilèges spéciaux. Les premiers permettent au créancier de bénéficier d'un droit de préférence portant sur l'ensemble des biens meubles et immeubles du débiteur. Les seconds, qui peuvent en principe être mobiliers ou immobiliers, confèrent un droit de préférence sur un bien mobilier ou immobilier particulier. Il semble toutefois utile de noter que le Droit OHADA ne connaît pas de privilège spécial immobilier.

Caractère occulte limité des privilèges généraux. Les privilèges se distinguent singulièrement des autres garanties réelles par leur caractère occulte. Mais ce caractère occulte n'est plus absolu depuis l'entrée en vigueur de l'AUS réformé. Car, certains privilèges généraux doivent désormais faire l'objet d'une publication au RCCM.

Les privilèges généraux pour lesquels le créancier n'a pas de formalité de publicité à accomplir sont énumérés à l'article 180 de l'AUS²⁹⁶. Certains privilèges généraux sont occultes de manière absolue ; d'autres ne le sont que sous réserve de respecter un certain seuil.

Privilèges généraux strictement occultes. Parmi les privilèges généraux absolument occultes, nous pouvons retenir : les frais d'inhumation et de dernière maladie du débiteur précédant la saisie des biens ; les fournitures de subsistance faites au débiteur durant la dernière année précédant son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ; les sommes dues aux travailleurs et apprentis au titre de l'exécution et de la résiliation de leur contrat durant la dernière année précédant le décès du débiteur, la saisie des

²⁹⁵ Article 196 al. 1 de l'AUS : « L'inscription a une durée déterminée et conserve le droit du créancier jusqu'à une date devant être fixée par la convention ou la décision de justice dans la limite de trente ans au jour de la formalité, sauf disposition contraire d'une loi nationale. Son effet cesse si elle n'est pas renouvelée, avant l'expiration de ce délai, pour une durée déterminée ».

²⁹⁶ Le Droit OHADA, par le biais de l'article 179 de l'AUS, laisse la possibilité aux Etats de créer des privilèges généraux supplémentaires.

biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ; les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques au titre des trois dernières années précédant le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective.

Privilèges généraux susceptibles d'être soumis à publication. Parmi les privilèges généraux qui ne sont occultes que lorsqu'elles portent sur une créance dont le montant est inférieur à un certain montant, nous pouvons citer : les sommes dues aux organismes de sécurité et de prévoyance sociale ; les sommes dues au titre de créances fiscales et douanières.

Toutefois, le plafond indiqué ici n'a malheureusement pas fait l'objet d'une harmonisation. En effet, ce plafond dépend de la législation interne à chaque Etat-Membre de l'OHADA, et plus précisément du montant limite fixé pour l'exécution provisoire des décisions de justice. Or dans plusieurs Etats Parties, la législation n'envisage pas un tel montant plafond. L'absence d'une telle limite devrait se traduire, pour les pays concernés, par l'affirmation du caractère occulte de l'ensemble des privilèges généraux.

Concernant les Etats Membres dans lesquels un seuil a été prévu pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires par le législateur national, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les créanciers fiscaux et douaniers que sont les Etats et les collectivités territoriales, devront, pour pouvoir assurer l'efficacité du privilège dont ils bénéficient, lorsque la créance sera supérieure au seuil, procéder aux formalités de publicité au RCCM, dans un délai de six mois à compter de sa date d'exigibilité²⁹⁷.

Caractère occulte absolu des privilèges spéciaux. Concernant les privilèges spéciaux, le Droit OHADA en reconnaît uniquement sept. Ils sont tous mobiliers et occultes. Nous distinguons : le privilège du vendeur de meuble, le privilège du bailleur d'immeuble, le privilège du transporteur terrestre, le privilège du travailleur à domicile, le privilège des salariés et fournisseurs des entreprises de travaux, le privilège du commissionnaire, et le privilège du conservateur.

Le privilège du vendeur de meuble est prévu à l'article 183 de l'AUS. Celui-ci indique notamment que le vendeur d'un meuble qui n'en a pas reçu paiement, bénéficie d'un privilège

²⁹⁷ Article 181 al. 2 de l'AUS : « Ces privilèges n'ont d'effet que s'ils sont inscrits, dans les six mois de l'exigibilité de ces créances, au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

sur le bien cédé. Lorsque ce bien est à nouveau cédé par l'acquéreur à un tiers, ce privilège se reporte sur la somme dont doit s'acquitter le sous-acquéreur auprès de l'acquéreur.

Le privilège du bailleur d'immeuble est envisagé par le Droit OHADA à l'article 184 de l'AUS. Celui-ci porte sur les meubles qui garnissent les lieux loués. Il couvre les créances que le bailleur détient contre le locataire sur les douze derniers mois précédant la saisie, ainsi que les douze mois postérieurs à échoir. En outre, le privilège du bailleur d'immeuble garantit les dommages et intérêts qui pourraient potentiellement être accordés au bailleur.

Le privilège du transporteur terrestre est introduit à l'article 185 de l'AUS. Il porte normalement sur les biens qui ont été transportés par voie terrestre pour le compte du débiteur. Il permet de garantir la créance du transporteur sur le bénéficiaire du transport. Il est toutefois indispensable que le transporteur établisse un lien de connexité entre sa créance et le bien transporté pour pouvoir bénéficier des effets du privilège.

Le privilège du travailleur à domicile a été inscrit par le législateur OHADA à l'article 186 de l'AUS. Il porte notamment sur les sommes dues par le bénéficiaire de la prestation de travail faite à domicile, à l'entreprise prestataire pour le compte de laquelle le travailleur intervient. Il permet de couvrir les créances dues au travailleur par l'entreprise prestataire au titre de l'exécution du contrat de travail qui les lie. Il faut néanmoins préciser que le travailleur doit établir un lien de connexité entre les sommes qui lui sont dues et la prestation exécutée.

Le privilège des salariés et fournisseurs des entreprises de travaux est prévu à l'article 187 de l'AUS. Il grève les sommes dues aux entreprises de travaux par les personnes physiques ou morales ayant bénéficié de leurs prestations. Il garantit d'une part les salaires des travailleurs, et d'autre part les créances que détiennent les fournisseurs des entreprises de travaux. Dans le même sens que ce que nous avons indiqué concernant le privilège du travailleur à domicile, les salariés ou les fournisseurs doivent établir un lien de connexité entre la prestation qu'ils ont exécutée et les sommes dues à l'entreprise de travaux par le maître d'ouvrage.

Le privilège du commissionnaire est envisagé à l'article 188 de l'AUS. Il a pour assiette les marchandises détenues par le commissionnaire pour le compte du commettant. Il permet au commissionnaire de bénéficier d'une garantie pour le paiement des créances qu'il détient sur le commettant au titre de l'exécution du contrat de commission²⁹⁸.

²⁹⁸ Cette garantie s'ajoute à une autre garantie importante dont le commissionnaire pourrait tirer profit : le droit de rétention. Celui-ci est expressément prévu à l'article 198 de l'Acte Uniforme portant sur le Droit Commercial

Enfin, le privilège du conservateur est inscrit à l'article 189 de l'AUS. Il bénéficie aux personnes qui, pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel celle-ci est destinée, engagent des frais ou fournissent eux-mêmes des prestations. Du fait de l'engagement de ces frais ou de l'exécution de cette prestation, naît une créance du conservateur sur le propriétaire du bien. Le privilège du conservateur vient par conséquent garantir cette créance. Son objet portant sur le bien conservé.

V- Indivisibilité des garanties réelles

Notion. Principalement développé en matière de droit des obligations, le principe d'indivisibilité renvoie à l'impossibilité d'exécuter partiellement une obligation en raison de la nature de l'objet de celle-ci, ou en vertu d'une convention passée entre les parties²⁹⁹.

Dans le domaine des garanties réelles, l'indivisibilité renvoie au fait que le bien meuble ou immeuble mis en garantie, « dans sa totalité et dans chacune de ses parties est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette ³⁰⁰ ».

Manifestations de l'indivisibilité. Ainsi décrite, l'indivisibilité étend ses effets à la fois sur l'assiette de la garantie et sur la créance.

Concernant la créance garantie, le principe d'indivisibilité produit ses effets non seulement en cas de division active de la créance, mais également en cas de division passive. La division active se réfère ici à la multiplication du nombre de créanciers ; les cas les plus caractéristiques résultant de l'ouverture d'une succession. La division passive renvoie quant à elle à la multiplication du nombre de débiteurs.

Dans l'hypothèse où la créance se diviserait, chacun des créanciers garderait la possibilité de poursuivre la réalisation de sa part dans la créance, sur l'ensemble du bien grevé. De même, si la dette venait à se diviser, chaque partie de la dette serait couverte par la totalité du bien grevé.

Comme un prolongement à la même idée, le principe d'indivisibilité se manifeste également, du point de vue de la créance, en cas d'extinction simplement partielle de la créance. Celle-ci pourrait intervenir du fait, entre autres, d'un paiement partiel, d'une compensation partielle, ou

Général (AUDCG) : « Tout commissionnaire a, pour toutes ses créances contre le commettant, un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient ».

²⁹⁹ T. DEBARD, S. GUINCHARD, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2016.

³⁰⁰ Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. XII, par Becque, LGDJ, 1953, n° 339, p. 385.

même d'une remise partielle de dette. En effet, lorsqu'une partie seulement de la dette est éteinte, le reliquat reste couvert par le bien mis en garantie dans sa totalité.

Concernant l'assiette, il est admis qu'une garantie puisse porter, dès sa conclusion, uniquement sur une partie d'un bien ou un démembrement du droit de propriété qui y est attaché. Les questions liées à l'indivisibilité qui se soulèvent sont généralement, dans cette situation, la conséquence de la nature indivisible du bien partiellement grevé.

Les manifestations du principe d'indivisibilité des garanties réelles sont cependant perceptibles lorsqu'un bien meuble ou immeuble est dans sa totalité grevé d'une garantie, mais fait par la suite l'objet d'un partage entre plusieurs propriétaires. Chaque portion du bien continue dans ce cas de répondre de la totalité de la dette. Il en est de même lorsque le droit de propriété portant sur le bien fait postérieurement l'objet d'un démembrement. Chaque droit réel démembré doit ainsi répondre de la totalité de la dette.

Le principe d'indivisibilité produit également ses effets lorsqu'une garantie est initialement constituée sur un ensemble de biens qui sont par la suite individuellement transmis à différents bénéficiaires. La garantie est dans ce cas maintenue sur chacun des biens qui, pris isolément, répondent de la totalité de la dette.

Domaine en droit OHADA. Le principe d'indivisibilité s'applique en Droit OHADA, au regard des textes, aux garanties réelles mobilières et immobilières.

En matière de garantie réelle mobilière, le législateur OHADA précise notamment à propos du gage, au premier alinéa de l'article 114 de l'AUS, que « le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette envers les héritiers du débiteur ou ceux du créancier³⁰¹ ».

En matière de garantie réelle immobilière, il est indiqué à l'article 193 de l'AUS que « l'hypothèque est indivisible par nature et subsiste totalement sur les immeubles affectés jusqu'à complet paiement et malgré la survenance d'une succession ».

Ces deux textes mettent en lumière, en se complétant, les différentes manifestations du principe d'indivisibilité. Le premier met l'accent sur les effets du principe d'indivisibilité en cas de division de la créance, le second insiste sur les effets produits en cas de division de l'assiette de la garantie.

³⁰¹ Le Droit OHADA reprend ici textuellement le premier alinéa de l'article 2349 du Code Civil français.

En l'absence, en Droit OHADA, de textes relatifs au principe d'indivisibilité propres aux garanties autres que l'hypothèque et le gage, il est légitimement envisageable de s'interroger sur le caractère indivisible ou non des autres garanties réelles.

Un regard porté sur le Code Civil français permet de relever que le Droit français des sûretés se trouve dans une situation identique, puisque seuls le gage et l'hypothèque sont, aux articles 2349 et 2393³⁰², expressément considérés comme des garanties indivisibles. La doctrine et la jurisprudence françaises ont ainsi été amenées à combler ce vide en étendant à l'ensemble des techniques de sûreté réelle, l'application du principe d'indivisibilité³⁰³.

L'extension du principe d'indivisibilité à toutes les sûretés réelles en droit français se justifie classiquement par le fait qu'elles soient considérées comme des droits réels³⁰⁴. En effet, les droits réels, déployant leur emprise sur l'ensemble des biens sur lesquels ils portent, sont considérés comme indivisibles. Par conséquent, le caractère indivisible des sûretés réelles trouve sa justification.

A cette justification, une alternative a été proposée par certains auteurs³⁰⁵. Prenant appui sur un arrêt de la Cour d'Appel de Paris datant du 20 décembre 1938, qui affirme le caractère indivisible du droit de rétention, sans reconnaître à ce dernier la qualité de sûreté réelle, s'appuyant par ailleurs sur l'ancien article 1244 du code civil selon lequel « le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible »³⁰⁶, ces auteurs estiment que le débiteur ne peut forcer le créancier bénéficiaire de la garantie à diviser les droits qu'il détient sur le bien. Par conséquent, « toute technique d'affectation d'une chose pour la sûreté ou pour la garantie d'une dette » serait selon eux affectée du caractère d'indivisibilité.

Qu'elle soit fondée sur le caractère réel des garanties envisagées au sein de l'AUS, ou qu'elle soit juste une conséquence immédiate de la technique d'affectation d'une chose pour la sûreté ou la garantie d'une dette, l'indivisibilité clairement affirmée quant à l'hypothèque et au gage,

³⁰² Article 2393 al. 2 du Code Civil français : L'hypothèque «est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles ».

³⁰³ L'indivisibilité est « le trait commun des droits réels de garantie » ; J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit Commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 450. « L'indivisibilité couvre, sauf exception, l'ensemble des sûretés réelles classiques » ; J. SOUHAMI, *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles*, RTD Civ. 2008, n°28. « Toutes les sûretés réelles sont indivisibles sauf clause contraire » ; L. AYNES, P. CROCCO, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 8e éd., n°405.

³⁰⁴ J. SOUHAMI, *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles*, RTD Civ. 2008, n°23.

³⁰⁵ J. MESTRE, E. PUTMAN, M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 450.

³⁰⁶ Le texte de l'ancien article 1244 du Code civil français correspond désormais, suite à la réforme du droit français des obligations du 10 février 2016, au premier alinéa de l'article 1342-4 du Code civil : « Le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible ».

devrait pouvoir s'étendre au niveau de l'application du droit OHADA, à toutes les autres garanties réelles que sont le nantissement, les privilèges généraux et spéciaux, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le droit de rétention.

Au regard des différents effets liés à l'application du principe d'indivisibilité que nous avons développés, nous pouvons assez aisément conclure qu'il renforce la position du créancier, préservant l'assiette de sa garantie, le mettant à l'abri de coûts supplémentaires relatifs à la multiplication des poursuites consécutive à une division de la dette.

§2- Élément d'inefficacité : le caractère accessoire

Caractère commun à l'ensemble des garanties réelles. L'analyse des règles prévalant à la formation des garanties réelles envisagées par le Droit OHADA nous permet de souligner une seule caractéristique principale commune ne favorisant pas leur efficacité. Celle-ci est relative à leur caractère accessoire.

Les garanties réelles, qu'elles soient mobilières ou immobilières, partagent en Droit OHADA la caractéristique d'être accessoires. Nous pouvons en effet rappeler ici qu'à l'article 2 de l'AUS, le législateur OHADA indique que « sauf disposition contraire du présent Acte Uniforme, les sûretés qu'il régit sont accessoires de l'obligation dont elles garantissent l'exécution ».

Ainsi, l'hypothèque, le gage, le nantissement, les privilèges généraux et spéciaux, le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, sont en Droit de l'OHADA, des garanties accessoires à la créance qu'elles couvrent.

Incidences du caractère accessoire. Ceci implique tout d'abord que la garantie réelle ne puisse en principe exister que si l'obligation couverte a été valablement constituée³⁰⁷. Cela implique par ailleurs qu'en cas de disparition de l'obligation couverte, la garantie s'éteint. C'est notamment ce qui ressort du texte de l'article 116 de l'AUS qui dispose que « le gage prend fin lorsque l'obligation qu'il garantit est entièrement éteinte, tant en capital, qu'en intérêts et autres

³⁰⁷ Ce principe souffre notamment en Droit français d'une exception importante lorsque la garantie couvre une obligation de restitution. En effet, la nullité de l'obligation principale n'implique pas ici la nullité de la garantie réelle, mais laisse survivre celle-ci jusqu'à la restitution du bien délivré. Cass. Fr. Civ. 3^e, 5 novembre 2008, n°07-17.357 : « L'obligation de restituer inhérente à un contrat de prêt annulé demeurant tant que les parties n'ont pas été remises en l'état antérieur à la conclusion de leur convention annulée, l'hypothèque en considération de laquelle ce prêt a été consenti subsiste jusqu'à l'extinction de cette obligation »

accessoires ». C'est également ce que nous pouvons retenir à la lecture du second alinéa de l'article 201 de l'AUS, selon lequel l'extinction de l'hypothèque conventionnelle ou judiciaire survient avec l'extinction de l'obligation principale.

Autre incidence du caractère accessoire des garanties réelles : celles-ci circulent en même temps que les créances auxquelles elles sont rattachées. Elles peuvent ainsi faire l'objet, à titre accessoire, d'une transmission entre personnes physiques, entre personnes morales, ou entre personnes physiques et personnes morales.

La transmission, entre personnes physiques, des garanties réelles à titre accessoire, peut s'opérer entre vifs, ou intervenir pour cause de mort. Lorsqu'elle intervient entre vifs, la transmission est généralement le fruit d'une rencontre de volontés. C'est notamment le cas à l'occasion de cessions de créances, ou de cessions de contrats. Toutefois, la transmission entre vifs peut également se produire de manière forcée, lorsque la créance couverte fait par exemple l'objet d'une saisie. Lorsqu'elle intervient pour cause de mort, ce sont les héritiers ayant reçu la créance couverte qui bénéficient de la garantie.

La transmission entre personnes morales présente un certain nombre de particularités. En effet, les personnes morales peuvent être sujettes à fusions, absorptions, ou encore scissions. La fusion de la société créancière avec une société tierce, ou son absorption, conduit à un transfert à la nouvelle personne morale née de la fusion, ou à la société absorbante, de la créance, et par voie accessoire de la garantie. Il pourrait arriver que la fusion ou l'absorption aient pour acteurs le créancier et le débiteur de l'obligation couverte. La confusion des patrimoines qui se produit fait disparaître la créance, et accessoirement la garantie. La fusion ou l'absorption pourrait concerner le créancier et un tiers, ayant constitué une garantie réelle pour couvrir la dette du débiteur principal. La confusion des patrimoines a ici pour effet de faire disparaître la garantie, tout en laissant survivre la dette. Le créancier devient ainsi chirographaire. En cas de scission de la société créancière, la société nouvelle ayant reçu dans son actif la créance, bénéficie accessoirement de la garantie réelle qui y est attachée. En cas de scission de la société débitrice, la garantie portant sur un bien, celle-ci ne pourra être affectée quelles que soient les mains entre lesquelles le bien passera.

Nous pouvons également noter, dans un cadre plus général, qu'une difficulté pourrait survenir dans l'identification du bénéficiaire de la garantie réelle dans l'hypothèse où la créance à laquelle elle est rattachée ne serait transmise que partiellement. Les différents créanciers se

retrouveraient ici en concours, et en vertu de l'application du principe d'indivisibilité des garanties réelles envisagées par le Droit OHADA, bénéficieraient tous de la garantie.

Par ailleurs, le caractère accessoire des garanties réelles a des incidences sur la réalisation de celles-ci. En effet, il implique que le créancier ne puisse tirer de la réalisation de la garantie, plus que ce qu'il aurait obtenu de l'exécution normale de l'obligation. Par conséquent, lorsque la valeur du bien mis en garantie est supérieure à la créance qu'elle couvre, sa réalisation donne normalement lieu à la restitution du supplément.

SECTION II : REGLES PARTICULIERES AUX DIFFERENTES GARANTIES REELLES

Plan. Les différentes garanties réelles envisagées par le droit OHADA comportent chacune, en termes d'efficacité, des atouts qui leur sont propres lorsqu'on envisage les règles qui président à leur formation (§1). Parallèlement, nous pouvons également déceler chez chacune, des éléments contrariant cette efficacité (§2).

§1- Eléments d'efficacité

Plan. Tant les règles relatives aux garanties réelles mobilières (I) que celles concernant les garanties réelles immobilières (II), nous livrent des éléments spécifiques favorisant l'efficacité de ces mécanismes.

I- Garanties réelles mobilières

Premières vues. Dans un sens favorable à l'efficacité des garanties mobilières en Droit OHADA, le Législateur a fait l'effort d'apporter des précisions aux conditions de formation du droit de rétention (A). Il a également fait un pas important vers la définition d'un régime propre au transfert fiduciaire de somme d'argent (B). De plus, en matière de gage, il a élargi les conditions d'opposabilité de la garantie (C), et a tenu compte de la spécificité des biens fongibles (D).

A- La précision des conditions du droit de rétention

Notion. Le droit de rétention pourrait être défini comme « le droit pour la personne qui détient une chose appartenant (normalement, mais pas nécessairement) à son débiteur de conserver cette chose par-devers elle en attendant le règlement intégral de sa créance »³⁰⁸.

Par opposition au législateur français, le législateur OHADA a expressément amorcé la construction d'un régime du droit de rétention. Il a notamment apporté des précisions quant à ses conditions d'exercice (1), desquelles il est possible de définir les différentes modalités de constitution (2).

1- Conditions d'exercice du droit de rétention

Plan. L'exercice du droit de rétention est soumis à des conditions relatives à la détention du bien mobilier (a), à la créance à garantir (b), ou encore au rapport existant entre la détention et la créance (c).

a- Conditions entourant la détention

Légitimité de la détention. La détention d'un bien implique le constat d'une mainmise sur celui-ci. Elle peut comporter un caractère possessoire, ou être simplement précaire. Elle peut être exercée pour soi-même ou pour le compte d'un tiers. Pour que l'exercice d'un droit de rétention soit envisageable en Droit OHADA, la détention du bien par le créancier doit être légitime. C'est ce que nous indique l'AUS par le biais de son article 67. Celui-ci dispose en effet 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, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2 du présent Acte uniforme ».

Le Droit OHADA ne précise pas le sens qu'il donne ici à la notion de légitimité. Le recours au Droit français pourrait s'avérer utile à la délimitation des contours de cette notion. Développée par la jurisprudence et la doctrine, l'exigence de légitimité de la détention ne figure toujours pas dans les textes législatifs français. Les précisions qui nous font défaut ne se déduisent par conséquent qu'à l'analyse des décisions de justice. Celles-ci nous révèlent que par légitimité de la détention, nous pouvons entendre la bonne foi dont doit faire preuve le créancier dans le

³⁰⁸ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 6^e éd., N°580.

cadre de la mainmise qu'il exerce sur le bien. Cette bonne foi doit se manifester autant à l'occasion de la naissance du pouvoir qu'il a sur la chose que du maintien de celui-ci.

Ainsi, le bien doit d'une part avoir été obtenu par le créancier de manière régulière. Serait difficilement considérée comme légitime une détention consécutive à un acte illicite. C'est le cas des actes de violence ou des actes frauduleux. C'est en ce sens que la Cour de Cassation française a, à travers un arrêt de sa Chambre civile rendu le 28 février 1957, jugé illégitime la détention par un agriculteur d'un cheval, à lui remis par son cavalier conduit devant les gendarmes, sous la menace de poursuites pénales³⁰⁹.

Parallèlement, le maintien du pouvoir dont dispose le créancier sur le bien ne doit pas être constitutif d'abus. Cet abus dans la détention pourrait se trouver caractérisé lorsque le créancier, n'ayant pas reçu paiement, a néanmoins obtenu des garanties de satisfaction suffisantes. C'est notamment ce qu'illustre un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation rendu le 8 juillet 1997, concluant au caractère illégitime de la détention maintenue en dépit de l'acceptation sans réserve par le créancier de la remise de lettres de changes en vue de son paiement³¹⁰.

Par ailleurs, seule la rétention de certains types de biens est susceptible de faire bénéficier d'un droit de rétention.

Domaine d'application limité. Nous pouvons soulever, au regard du texte de l'article 67 de l'AUS, le caractère limité du domaine d'application du droit de rétention en Droit OHADA. En effet, comparativement au Droit français qui offre en principe la possibilité à certains créanciers de bénéficier d'un droit de rétention sur des biens meubles ou immeubles³¹¹, le Droit OHADA ne semble concevoir ce mécanisme qu'en matière mobilière. Deux éléments principaux sont susceptibles de soutenir cette interprétation. Tout d'abord, les règles relatives au droit de rétention ont été insérées au sein du Titre 2 de l'AUS, consacré aux « sûretés mobilières »,

³⁰⁹ Civ. 28 février 1957, D. 1957, II, n° 189 : « C'est à bon droit que la Cour d'appel refuse de reconnaître à un cultivateur se plaignant des dégâts causés à ses champs par les chevaux d'un manège, le droit de rétention vis-à-vis d'une de ces bêtes qu'il s'était fait remettre par le cavalier qui la montait, dès lors qu'ils observent, d'une part, qu'à la date de cette remise il n'était pas prouvé qu'il possédât contre le propriétaire du manège une créance certaine en rapport étroit de connexité avec le bien retenu et, d'autre part, que ce cheval eût fait l'objet d'une remise volontaire de la part de son propriétaire dont le cavalier n'était pas le mandataire ».

³¹⁰ Com. 8 juillet 1997, n° 95-14518 : « Le titulaire d'une créance, ayant acquiescé sans réserve à ce que des lettres de change lui soient remises en vue de son paiement, ne peut prétendre exercer un droit de rétention jusqu'au règlement de ces effets ».

³¹¹ Dans le cadre des règles applicables au gage immobilier, l'article 2391 du Code civil français prévoit notamment que « le débiteur ne peut réclamer la restitution de l'immeuble avant l'entier acquittement de sa dette ».

cependant qu'aucune ne se dégage du corpus de règles applicables aux sûretés mobilières. En outre, l'article 67 de l'AUS, qui introduit le droit de rétention, n'évoque que la détention légitime d'un bien mobilier comme préalable à l'exercice de ce droit. L'interprétation a contrario qui se prête ici à nous, conduit à son exclusion pour ce qui concerne les biens immobiliers.

D'autre part, en l'absence de toute autre restriction ce droit de rétention peut avoir pour objet tout type de bien mobilier, qu'il soit corporel ou incorporel³¹², qu'il soit dans le commerce ou hors-commerce, sous réserve que soit respecté l'ordre public. La possibilité d'exercer un droit de rétention sur un bien incorporel oblige à appréhender différemment le critère de détention préalable du bien. Celui-ci ne serait pas simplement regardé comme une mainmise physique du créancier sur le bien, mais plutôt comme un pouvoir de priver le débiteur des prérogatives dont il dispose sur celui-ci, dont la mainmise physique ne serait qu'un aspect propre aux biens corporels.

Antériorité de la détention. Le moment où débute la détention doit également faire l'objet d'une certaine attention. Car lorsqu'il se situe postérieurement à l'introduction d'une procédure de saisie, l'exercice du droit de rétention est mis en échec, considéré comme une action irrégulière. Le législateur OHADA a pris le soin de l'indiquer à l'article 68 de l'AUS. On y apprend notamment que « le droit de rétention ne peut s'exercer que si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ».

Cependant, une interprétation a contrario de ce texte nous permettrait de conclure que l'exercice d'une saisie ne fait pas échec à la mise en œuvre d'un droit de rétention dont les conditions sont réunies antérieurement à l'introduction de la procédure de saisie.

Qualité de propriétaire du débiteur ? A sa lecture, l'article 67 de l'AUS semble indiquer qu'il est nécessaire que le bien retenu appartienne au débiteur de la créance pour laquelle le droit de rétention est exercé. Cette obligation se justifie et se décline différemment, nous le verrons, selon les modalités de constitution du droit de rétention.

³¹² L'exercice du droit de rétention sur des biens incorporels a généralement fait l'objet de débats en raison de la difficulté qu'il y a à tenir ce type de biens, préalable indispensable à son admission selon certains auteurs (M. MARTY, P. RAYNAUD, Ph. JESTAZ, Les sûretés, la Publicité foncière, 2^e éd., 1987, n° 33.

b- Conditions relatives à la créance

Qualités de la créance. L'exercice du droit de rétention n'est en principe possible, au regard de l'article 68 de l'AUS, que « si la créance du rétenteur est certaine, liquide et exigible »³¹³.

Caractère certain de la créance. Une créance est dite certaine lorsque son existence peut être considérée comme incontestable. Ce caractère incontestable n'implique pas qu'elle soit incontestée. En effet, la simple contestation de la créance par le débiteur ne suffit pas à écarter ce caractère certain, dès le moment où le créancier dispose d'éléments suffisants pour permettre de constater son existence. C'est ce semble indiquer la CCJA à travers un arrêt rendu le 31 mai 2007, concernant le droit de rétention que souhaitait opposer un bailleur à sa locataire. Les juges décident précisément que : « l'exercice du droit de rétention est subordonné notamment à l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible ; qu'en l'espèce, pour rejeter l'argument de droit de retenir les biens de Dame KONE Fatoumata restés dans l'enceinte de l'hôtel HIBISCUS avancé par les demandeurs au pourvoi, la Cour d'Appel d'Abidjan relève que KINDA Augustin se prétendant créancier de dame KONE Fatoumata, ne justifie d'aucun titre de créance pour réaliser son droit de rétention ; qu'en statuant ainsi à partir d'une saine appréciation des pièces du dossier, la Cour d'Appel d'Abidjan n'a en rien violé les dispositions des articles 41 et 42 de l'AUS »³¹⁴.

En outre, il est possible de s'interroger sur l'étendue de ce caractère certain. Nous pouvons nous demander s'il s'applique uniquement à l'existence de principe de la créance, ou s'il s'étend également à la hauteur de celle-ci. La première option serait plus favorable au créancier puisqu'elle permettrait que la condition soit plus aisément accomplie. La rigueur supplémentaire de la seconde, ne se justifierait pas compte tenu des objectifs que s'est assigné le législateur OHADA.

Liquidité de la créance. Une créance est dite liquide non seulement lorsqu'elle est évaluée en argent, mais également lorsqu'elle est évaluable à partir d'éléments compris dans le titre qui la contient.

³¹³ Nous pouvons relever que les conditions relatives aux qualités de la créance, exigées pour l'exercice du droit de rétention, sont celles qui sont habituellement requises en matière de procédures civiles d'exécution. A titre d'illustration, l'article 31 de l'AUPSRVE dispose que : « L'exécution forcée n'est ouverte qu'au créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles ».

³¹⁴ CCJA, 31 mai 2007, n° 022/2007, KINDA Augustin Joseph et Te BIEGNAND André Marie c/ KONE Fatoumata, Ohadata J-08-224.

La question de la liquidité de la créance interpelle quant au moment de son exigence. Devrait-elle se constater au moment où le créancier oppose le droit de rétention, ou au plus tard à l'occasion du contrôle de la régularité de son exercice par le juge. Le Droit français a fait le choix de la seconde hypothèse si l'on s'en tient à une décision de la troisième Chambre civile de la Cour de Cassation rendue le 23 avril 1974 : « Les principes régissant le droit de rétention ne font pas obstacle à ce qu'une décision de justice confère ce droit au titulaire d'une créance certaine, qu'elle rend liquide et exigible, dès lors que ladite créance a pris naissance à l'occasion de la chose retenue »³¹⁵.

Plus favorable au créancier sans pour autant sacrifier les intérêts légitimes du débiteur, rien ne s'oppose à ce qu'une telle souplesse soit introduite au sein du Droit OHADA.

Exigibilité de la créance. Une créance est dite exigible lorsque son titulaire est en droit d'exiger qu'elle soit immédiatement exécutée. Cette condition est remplie lorsque l'obligation n'est affectée d'aucun terme, ni condition suspensive. Lorsque ces modalités sont introduites par les parties dans la convention qui les lie, le critère de l'exigibilité est rempli selon les cas, soit en raison de l'arrivée du terme³¹⁶, ou de sa déchéance, soit à la suite de la réalisation de la condition suspensive.

Il est tout à fait compréhensible que le créancier ne puisse pas exercer de droit de rétention pour une obligation que le débiteur n'est pas encore tenu d'exécuter. Admettre le contraire reviendrait à permettre que le débiteur puisse être contraint de renoncer à certains de ses droits tels que le bénéfice du terme, pour récupérer l'usage de biens qui lui sont nécessaires.

Cependant, parallèlement à ce que nous avons souligné concernant la liquidité, la question du moment auquel s'apprécie la réalisation de la condition d'exigibilité est à soulever. Il est possible d'exiger que celle-ci soit remplie au moment où le créancier oppose au débiteur le droit de rétention, ou alors de manière plus avantageuse pour le créancier, il pourrait être admis que l'exigibilité s'apprécie au plus tard au moment où le juge rend la décision portant sur la régularité du droit de rétention. Nous avons noté à la lecture de l'arrêt précédemment indiqué, rendu par la troisième chambre civile de la Cour de Cassation le 23 avril 1974, que la

³¹⁵ Civ. 3^e, 23 avril 1974, n°72-10.971.

³¹⁶ CCJA, 27 juin 2002, n°16/2002, Société MAREGEL c/ Serigne Moustapha MBACKE, Ohadata J-02-165 : « En présence d'un accord entre les parties à un contrat de prêt stipulant que l'emprunteur, pêcheur, s'engage à rembourser le prêt dans un délai maximal de deux mois à compter de la date du premier départ en mer par prélèvement, à hauteur de 50%, de la valeur nette de la pêche, le prêteur qui prétend exercer un droit de rétention sur les pirogues de son débiteur, sans établir que le délai de deux mois ainsi imparti est expiré ne justifie pas de l'exigibilité de sa créance comme l'exige l'article 41 de l'AUS ».

jurisprudence française avait pris une position souple, à l'avantage des créanciers, en retenant le moment de la décision du juge. Possibilité étant d'ailleurs laissée à celui-ci de rendre exigible, à cette occasion, la créance.

Ce n'est néanmoins pas le choix que semble avoir fait la CCJA. En effet, saisi d'une affaire dans laquelle un pêcheur avait consenti un droit de rétention sur ses pirogues pour garantir le prêt qui lui avait été consenti, les juges de la CCJA déclarent dans une décision rendue le 27 juin 2002 : « Attendu qu'il n'est pas établi que le délai de deux mois imparti par le contrat à Serigne Moustapha MBACKE pour s'acquitter de sa dette était expiré avant l'immobilisation des pirogues, d'abord par les autorités mauritaniennes et ensuite, du fait de la société MAREGEL elle-même ; qu'il s'ensuit que la preuve de l'exigibilité de la créance de la société MAREGEL n'est pas rapportée ; que dès lors, en déclarant que toutes les conditions pour l'exercice d'un droit de rétention par la société MAREGEL ne sont pas réunies, la Cour d'appel n'a en rien violé les articles 41 et suivants de l'Acte uniforme suscit³¹⁷ ».

c- Condition relative au lien entre la créance et la détention

Exigence d'un lien de connexité. L'exercice du droit de rétention n'est régulier que s'il est possible d'établir un lien de connexité entre la détention du bien et la créance. Il est en effet également prévu à l'article 68 de l'AUS que « le droit de rétention ne peut s'exercer que s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue ».

Notion de connexité. L'idée de connexité impose ici le constat d'un lien étroit entre l'obligation dont le créancier réclame l'exécution et la détention du bien faisant l'objet du droit de rétention.

Présomption de connexité. Le Législateur OHADA identifie trois situations pour lesquelles la connexité est réputée établie. C'est notamment le cas « lorsque la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ; lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ; lorsque la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue »^{318 319}.

³¹⁷ CCJA, 27 juin 2002, n° 16/2002, Société MAREGEL c/ Serigne Moustapha MBACKE.

³¹⁸ Article 69 de l'AUS.

³¹⁹ Le Droit OHADA s'inspire sur ce point de l'article 2286 du Code civil français dont il ressort 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

En plus de ces trois cas de connexité, la jurisprudence OHADA a reconnu que la connexité pouvait être établie lorsque la créance impayée résultait de relations d'affaires entretenues entre le détenteur du bien et celui qui en est propriétaire. C'est ce qu'expriment les juges de la CCJA à travers une décision rendue le 28 février 2008 lorsqu'ils décident que : « La créance réclamée par la SDV-CI à la société IED est la conséquence des relations d'affaires entretenues par les deux sociétés ; que dès lors, la SDV-CI est fondée à exercer son droit de rétention sur le conteneur destiné à sa débitrice, jusqu'à complet paiement par celle-ci de sa dette »³²⁰.

A travers cette énumération, il est possible d'effectuer un rapprochement avec les différentes formes de connexité proposées par la doctrine française en matière de droit de rétention. Ce sont respectivement : la connexité conventionnelle, la connexité juridique, et la connexité matérielle.

2- Modalités de constitution du droit de rétention

Plan. Au regard de l'article 69 de l'AUS, le droit de rétention peut être qualifié de matériel (a), de juridique (b), ou de conventionnel (c).

a- Le droit de rétention matériel

Notion. Le droit de rétention est dit matériel lorsque la créance revendiquée est née à l'occasion de la détention du bien.

La détention d'un bien peut notamment donner lieu à la naissance d'une créance lorsque le détenteur se trouve contraint d'engager des frais en vue d'assurer la conservation de la chose. De même, le détenteur d'un bien peut se voir reconnaître la qualité de créancier à la suite de dépenses engagées pour son amélioration.

Qualité de propriétaire du débiteur concernant le bien retenu. Ce mode de constitution du droit de rétention affiche une particularité au niveau de l'interprétation de l'exigence de la

impayée est née à l'occasion de la détention de la chose ». Nous remarquons que le Droit français, en s'appuyant sur différents fondements tels que la connexité ou la volonté des parties, s'attache simplement à identifier les cas dans lesquels le droit de rétention peut être exercé. Le Droit OHADA fait de la connexité une condition indispensable à l'exercice du droit de rétention, et rend plus aisée, dans certaines situations, sa qualification, en établissant des cas légaux de connexité.

³²⁰ CCJA, 28 février 2008, n° 006/2008, ENVOL-TRANSIT COTE D'IVOIRE SARL c/ SDV-CI, IED, Administration des Douanes, Ohadata J-09-29.

qualité de propriétaire du bien du débiteur. En effet, la créance est ici directement rattachée au bien. La notion de débiteur prévue à l'article 67 pourrait par conséquent englober toute personne à qui la conservation ou l'amélioration du bien profite. Ainsi, outre la personne de qui le créancier tient le bien, pourrait être indirectement considéré comme débiteur, le véritable propriétaire. Ce qui aboutirait à la neutralisation des effets de l'absence de droit de propriété de la personne ayant remis le bien au rétenteur, sur la régularité du droit de rétention matériel.

b- Le droit de rétention juridique

Notion. Le droit de rétention est dit juridique dès lors que « la créance et la détention se rattachent à un même rapport juridique sans que ce rapport, pourtant, ait eu pour objet essentiel, la création du droit de rétention »³²¹.

Ainsi, lorsqu'une personne détient une chose sur la base d'une convention en application de laquelle nait à son profit une créance, il est possible de reconnaître un lien de connexité qualifié de juridique entre la détention et sa créance. Outre les créances nées de conventions, celles nées de quasi-contrats sont également susceptibles de bénéficier de la reconnaissance de l'existence d'un lien de connexité juridique avec la créance.

Qualité de propriétaire du débiteur. Dans le cadre du droit de rétention juridique, la qualité de propriétaire du débiteur a une importance plus significative qu'en matière de droit de rétention matériel. Le principe selon lequel le créancier ne devrait pas être en mesure d'opposer un droit de rétention à un propriétaire non débiteur s'applique ici.

c- Le droit de rétention conventionnel

Notion. Le droit de rétention peut être qualifié de conventionnel « lorsqu'un débiteur remet un bien à son créancier afin de garantir le paiement de sa dette sans pour autant donner ce bien en gage »³²². Cette définition témoigne de la grande proximité que peuvent afficher au niveau de leur constitution, le droit de rétention conventionnel et le gage³²³.

³²¹ L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^e édition, n° 447.

³²² L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^e édition, n° 447.

³²³ Un certain nombre d'auteurs qualifient d'ailleurs le droit de rétention conventionnel de « mini-gage », auquel font principalement défaut le droit de préférence, et les modes de réalisation ouverts au créancier gagiste. Voir notamment P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6^e édition, n° 595.

Alors que le droit de rétention, lorsqu'il est dit matériel, ou juridique, se constate simplement, apparaissant automatiquement à la suite de la réunion d'un certains de conditions, indépendamment de la volonté des personnes, le droit de rétention dit conventionnel est avant tout une conséquence du souhait des parties. Nous constatons donc ici que par opposition au droit de rétention classique, mais conformément aux mécanismes de garantie réelle traditionnels, le créancier peut bénéficier d'une protection antérieurement à l'existence de toute créance ayant les qualités requises pour être revendiquée.

Conditions de constitution. Cette particularité entourant le droit de rétention conventionnel se retranscrit évidemment au sein des conditions de formation, non seulement au niveau des formalités à respecter, mais également en ce qui concerne les qualités attachées au débiteur et à la créance.

Conditions relatives à la forme. Concernant les formalités indispensables à la constitution d'un droit de rétention conventionnel, le législateur OHADA ne fournit aucune indication. Il est tout d'abord possible de s'interroger sur la nécessité ou non de formaliser par un écrit la convention relative au droit de rétention. Nous avons, à l'occasion de précédents développements, relevé que la forme écrite était une règle de droit commune à l'ensemble des garanties réelles prévues par le Droit OHADA. Ce constat plaide pour une extension au droit de rétention conventionnel, de l'exigence d'un écrit à titre de validité.

Conditions relatives aux qualités des parties. Concernant les qualités attachées au débiteur, rappelons qu'une interprétation de l'article 67 de l'AUS paraît imposer comme condition à la régularité de l'exercice d'un droit de rétention, la qualité de propriétaire du bien retenu du débiteur. Dans le cadre du droit de rétention conventionnel, le débiteur décide d'affecter un bien à la garantie d'une créance. Ce type d'acte pourrait être qualifié d'acte de disposition. A ce titre, il ne peut qu'être une prérogative réservée au propriétaire du bien. La qualité de propriétaire du bien retenu du débiteur est donc une exigence incontestable pour ce qui concerne le droit de rétention conventionnel.

Conditions relatives aux créances garanties. Concernant les qualités attachées à la créance, le mode de constitution du droit de rétention conventionnel oblige à adapter la place qu'on accorde notamment aux critères, d'exigibilité, de liquidité et même de certitude.

Le mécanisme que dévoile le droit de rétention conventionnel permet, à l'instar des autres types de droit de rétention, de garantir le paiement de créances qui répondent aux critères de certitude, d'exigibilité et de liquidité. Cette situation peut notamment se rencontrer lorsque le débiteur

n'est pas en mesure de satisfaire le créancier au moment où la dette arrive à échéance, et souhaitant obtenir de la part de celui-ci un délai supplémentaire, lui consent un droit de rétention sur l'un de ses biens.

Permettant également de garantir, à l'image du gage, les créances au moment de leur naissance³²⁴, le droit de rétention conventionnel ne devrait normalement souffrir d'aucune irrégularité du fait de la non-exigibilité d'une créance au moment de sa constitution.

Par ailleurs, nous avons pu souligner dans les paragraphes précédents que la possibilité de garantir des créances futures était une autre règle de droit commune à l'ensemble des garanties réelles en Droit OHADA. Rien ne s'opposerait à ce que cette faculté soit étendue au droit de rétention conventionnel. Il serait même tout à fait envisageable que le créancier bénéficie d'un droit de rétention conventionnel à titre de garantie d'une créance éventuelle telle que le solde d'un compte-courant. Par conséquent, nous pouvons conclure que l'absence de liquidité, ou même encore de certitude de la créance garantie, ne devrait pas constituer un obstacle à la validité de la convention constitutive du droit de rétention.

B- Définition d'un régime du transfert fiduciaire de somme d'argent

Un régime précisé. Le Droit OHADA a, contrairement au Droit français, précisé dans les textes, un certain nombre de règles ayant trait à la constitution du transfert fiduciaire de somme d'argent, à son opposabilité, et à sa réalisation.

Qualité des parties. Concernant la constitution du transfert fiduciaire de somme d'argent, outre la solennité précédemment soulignée caractérisant ce mécanisme, l'AUS nous permet de déterminer les exigences relatives à la qualité des parties. L'opération nécessite en principe l'intervention de trois personnes : un constituant, un bénéficiaire, et un teneur de compte. En effet, le Droit OHADA soumet la validité de ce mécanisme au transfert de fonds par le constituant, sur un compte bloqué tenu par un tiers, au profit du créancier³²⁵.

De ces trois parties, seule la qualité du teneur de compte est soumise à restriction. Cette position ne peut être occupée que par un établissement de crédit habilité à recevoir des fonds relevant du transfert fiduciaire de somme d'argent. Cette exigence devrait nécessiter que les Etats

³²⁴ Les garanties sont normalement prises pour couvrir de nouvelles créances lorsque celles-ci sont affectées d'un terme.

³²⁵ Article 87 al. 2 de l'AUS : « Ces fonds 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 ».

Membres précisent à quels catégories d'établissements de crédit ils accordent l'habilitation de recevoir ces fonds.

Les qualités de constituant et de bénéficiaire peuvent ainsi, être reconnues à toute personne, qu'elle soit physique ou morale, professionnelle ou non-professionnelle. Le constituant du transfert fiduciaire de somme d'argent est normalement le débiteur de l'obligation garantie. Rien n'interdit toutefois qu'un tiers ne puisse, par le biais de ce mécanisme, garantir le paiement de l'obligation à laquelle le débiteur est tenu. Le bénéficiaire de la garantie est ici le créancier. Il n'est d'ailleurs pas impossible pour ce dernier de cumuler les qualités de bénéficiaire et de teneur de compte.

Opposabilité. Concernant l'opposabilité du transfert fiduciaire de somme d'argent, aucune formalité de publicité au RCCM n'est requise. Seule la notification du transfert fiduciaire à l'établissement de crédit teneur du compte, obligatoirement postérieure à l'inscription des fonds sur le compte bloqué, suffit à rendre la garantie opposable aux tiers³²⁶. Cette notification a ainsi pour effet de rendre indisponible à la fois pour les ayants cause du constituant et pour ceux du bénéficiaire de la garantie, les fonds déposés sur le compte bloqué.

C- Dualité des conditions d'opposabilité du gage

Deux modalités d'opposabilité. Le législateur OHADA, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, laisse aux parties la possibilité de constituer, selon la forme qui conviendra le mieux à leur situation ou à l'opération dans laquelle elles s'engagent, un gage avec dépossession, ou sans dépossession. Tandis que la seconde est opposable aux tiers, à l'image de la majorité des garanties réelles, à compter de sa publication au RCCM, la première est opposable aux tiers du fait de la remise du bien au créancier, ou à un tiers convenu ; rappelant ainsi l'une des règles historiquement attachées à la constitution du gage.

En grande partie soumises aux mêmes règles (1), il reste intéressant de souligner les différences insérées dans l'AUS (2), et de mettre en lumière les différents conflits qui pourraient les opposer (3).

³²⁶ Article 89 de l'AUS : « Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur de compte, pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué ».

1- Règles communes

Obligation de conservation de l'objet de la garantie. La constitution d'un gage, quelle que soit sa forme, oblige le détenteur du bien faisant l'objet de la garantie, qui peut être le créancier bénéficiaire, le constituant, ou encore une tierce personne communément désignée par les parties, à une obligation de conservation de la chose³²⁷. Cette exigence pourrait assez aisément être comprise, étant donné le fait que le bien ici donné en garantie, a vocation à retourner entre les mains du constituant, demeuré propriétaire, en cas de satisfaction du créancier, dans l'hypothèse où le gage aura été constitué avec dépossession ; et à être appréhendé par le créancier insatisfait, dans l'hypothèse où le gage aura été constitué sans dépossession.

Implications pour le constituant détenteur. Cette obligation de conservation implique pour le constituant resté détenteur, qu'il conserve surtout la valeur du bien. Ceci explique qu'il soit tenu d'obligations à la fois négatives et positives. Celles-ci sont dites négatives en ce qu'il lui est tout d'abord en principe interdit de céder le bien faisant l'objet de la garantie³²⁸. En outre, il lui est tout autant interdit de dégrader ce dernier. Les obligations pesant sur le constituant resté possesseur sont dites positives en ce qu'il est tenu d'entretenir le bien. Il semble même exigé, au regard de l'article 108 de l'AUS, qu'il contracte une assurance couvrant les risques de perte et de détérioration totale ou partielle du bien. C'est à cet ensemble d'obligations que ce même texte renvoie lorsqu'il indique que le constituant resté possesseur doit conserver le bien en « bon père de famille ».

Tout manquement à cette obligation de conservation du bien gagé pesant sur le constituant resté possesseur pourrait être sanctionné par la déchéance du terme de la dette garantie. Une solution alternative consisterait, sur demande du créancier, à la délivrance d'un complément de gage³²⁹.

³²⁷ Article 108 de l'AUS : « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste ou le tiers convenu doit veiller sur la chose et en assurer la conservation comme le doit un dépositaire rémunéré. De même, lorsque le constituant est resté en possession du bien gagé, il doit le conserver en bon père de famille et, notamment, l'assurer contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle ».

³²⁸ La cession du bien pourrait s'avérer être au contraire légitime lorsque celui-ci est menacé de dépérissement. L'article 111 de l'AUS dispose en effet que : « Lorsqu'un bien objet d'un gage avec dépossession menace de périr, le créancier gagiste ou le tiers convenu peut faire vendre, sous sa responsabilité, le bien gagé sur autorisation notifiée au constituant de la juridiction compétente saisie sur simple requête. Les effets du gage sont alors reportés sur le prix ».

³²⁹ Article 109 al. 2 de l'AUS : « Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ».

Toutefois, le constituant conserve les autres prérogatives liées à sa qualité de propriétaire, c'est-à-dire l'usus et le fructus. Il peut en effet faire usage de son bien, autant qu'il lui est possible d'en conserver la valeur. Il peut également bénéficier des fruits tirés du bien.

Implications pour le créancier détenteur. Le créancier détenteur doit, tout comme le tiers détenteur communément désigné, entretenir le bien au titre du devoir de conservation pesant sur lui. Cette obligation d'entretien est susceptible d'engendrer des frais. Ces frais ne restent en principe pas ici à la charge du créancier ou du tiers détenteur, qui en obtiennent le remboursement à la restitution du bien au constituant³³⁰. Il lui est bien évidemment fait interdiction de dégrader le bien, et n'étant pas propriétaire, il ne dispose pas des droits nécessaires pour céder le bien.

Le non-respect de cette obligation de conservation de la chose par le créancier détenteur pourrait en plus de l'allocation de dommages et intérêts, obtenir la restitution du bien gagé³³¹.

Le défaut de qualité de propriétaire du créancier détenteur le prive en outre, en principe, des droits de faire usage du bien, et d'en tirer les fruits. C'est ce que nous rappelle notamment l'article 103 de l'AUS : « Sauf stipulation contraire, le créancier gagiste ne peut user de la chose gagée ni en percevoir les fruits. S'il est autorisé à percevoir les fruits, il doit les imputer sur ce qui lui est dû en intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette »³³². Toutefois, ainsi qu'il nous est possible de le constater à la lecture de ce texte, cette restriction est posée à titre supplétif, puisque les parties à la convention de gage se voient laisser la possibilité de prévoir une clause accordant au créancier détenteur le droit d'user de la chose et d'en tirer les fruits.

2- Distinctions

Droit de rétention dénié au créancier gagiste sans dépossession. L'analyse des règles applicables au gage avec dépossession et au gage sans dépossession permet de dégager une

³³⁰ Article 113 de l'AUS : « Lorsqu'il est entièrement payé du capital, des intérêts et autres accessoires, le créancier gagiste restitue la chose avec tous ses accessoires. Le constituant doit alors rembourser au créancier gagiste ou au tiers convenu, les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage ».

³³¹ Article 109 al. 1^{er} : « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du bien gagé ».

³³² Le Droit français pose quant à lui pour principe, par le biais de l'article 2345 du Code Civil, le droit du créancier détenteur à percevoir les fruits tirés du bien faisant l'objet du gage : « Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette ».

distinction principale : le bénéfice d'un droit de rétention. En effet, expressément affirmée à l'article 99 de l'AUS³³³ concernant le gage avec dépossession, la reconnaissance d'un droit de rétention au profit du créancier est absente lorsque nous envisageons gage sans dépossession.

Ainsi, nous pouvons constater que par opposition au droit français³³⁴, le droit OHADA n'intègre pas dans son corps de règles le droit de rétention dit fictif, préférant maintenir l'exclusivité du lien qu'entretient ce mécanisme de garantie avec la détention matérielle de la chose.

Exception. Ce droit de rétention reconnu au créancier gagiste peut néanmoins être neutralisé ; notamment lorsque le gage avec dépossession fait suite à un gage sans dépossession. C'est ce que nous indique le législateur OHADA lorsqu'au second alinéa de l'article 107 de l'AUS il affirme : « Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement et nonobstant le droit de rétention de ce dernier ».

3- Conflits

Conflits entre gages de même nature. Le propriétaire d'un bien mobilier est admis à y constituer plusieurs gages successifs. Cela est sans difficulté envisageable lorsqu'il s'agit de constituer plusieurs gages sans dépossession. Dans cette hypothèse, « le rang des créanciers est déterminé par l'ordre de leur inscription »³³⁵.

C'est sans doute un peu moins évident lorsque le propriétaire du bien souhaite constituer plusieurs gages avec dépossession sur le même bien. La détention matérielle du bien par le premier créancier gagiste semble rendre impossible toute nouvelle dépossession. Cependant, une configuration particulière rend possible une telle accumulation : la détention du bien par un tiers convenu, pour le compte des différents créanciers. On pourrait envisager ici que le classement des créanciers gagistes soit déterminé en fonction de la date de conclusion de la convention de gage.

³³³ Article 99 de l'AUS : « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste peut, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2 du présent Acte uniforme, opposer son droit de rétention sur le bien gagé, directement ou par l'intermédiaire d'un tiers convenu, jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et autres accessoires, de la dette garantie ».

³³⁴ Article 2286 du Code civil français : « Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose (...) celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession ».

³³⁵ Article 107 al. 1^{er} de l'AUS.

Conflits entre gages de différentes natures. Par ailleurs, il est possible au propriétaire d'un bien mobilier de constituer sur celui-ci un gage sans dépossession à la suite d'un gage avec dépossession ; tout comme il lui est possible de constituer un gage avec dépossession à la suite d'un gage sans dépossession. Le résultat du conflit de gages dans ces deux hypothèses, est révélé à l'article 107 de l'AUS. Pour la première, le créancier gagiste antérieur, détenteur du bien, aura la possibilité d'opposer le droit de rétention dont il bénéficie au créancier gagiste postérieur, et pourra exiger d'être entièrement satisfait avant que le créancier gagiste suivant ne puisse faire valoir ses droits sur le bien³³⁶. Pour ce qui concerne la seconde hypothèse, ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, le droit de rétention normalement accordé au créancier gagiste avec dépossession est mis en échec du fait de la publication antérieure du gage sans dépossession³³⁷. Ce conflit de gages se règle donc en fonction du moment de leur publication ; l'une résultant de l'inscription au RCCM, l'autre résultant du dessaisissement.

D- Prise en compte de la spécificité des biens fongibles en matière de gage

Particularité des biens fongibles. Les choses dites fongibles, en raison de leur caractère interchangeable, lorsqu'elles font l'objet d'un gage, obligent le législateur à consentir un certain nombre d'aménagements, notamment pour ce qui concerne l'application de l'obligation de conservation de la chose gagée pouvant peser, suivant les cas, sur le créancier, ou sur le constituant.

Gage avec dépossession de biens fongibles. En effet, dans le cadre d'un gage avec dépossession, le créancier gagiste est en principe tenu de conserver les biens fongibles gagés isolés des autres biens de même nature qu'il détient, ou en cas d'entiercement, de veiller à ce que le tiers convenu les tienne séparés des autres biens de même nature³³⁸. Le non-respect d'une telle exigence pourrait légitimer l'allocation, au profit du constituant, de dommages et intérêts, et la restitution du bien gagé.

³³⁶ Article 107 al. 3 de l'AUS : « Lorsqu'un bien donné en gage avec dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage sans dépossession, le droit de rétention du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier postérieur qui ne pourra prétendre exercer ses droits sur le bien, tant que le créancier antérieur n'aura pas été entièrement payé ».

³³⁷ Article 107 al. 2 précité.

³³⁸ Article 101 al. 1^{er} de l'AUS : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit, sauf clause contraire, les tenir ou les faire tenir séparées des choses de même nature détenues par lui ou le tiers convenu. A défaut, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts ».

Néanmoins le créancier peut être dispensé de respecter cette obligation de cloisonnement par le biais d'une clause insérée dans la convention de gage. Un tel choix, que les biens soient détenus par le créancier ou par un tiers convenu, a pour effet le transfert de propriété des biens fongibles gagés au créancier. Nait alors à la charge de ce dernier, une obligation de restitution de la même quantité de choses équivalentes³³⁹. Ainsi, par opposition à la conception classique du gage avec dépossession, le créancier a ici la possibilité, dans le cadre de l'exercice du droit de propriété dont il bénéficie, de céder les biens gagés.

Ce transfert de propriété peut soulever un certain nombre d'interrogations relatives à la véritable nature du gage avec dépossession de biens fongibles en cas de dispense de cloisonnement. En effet, il est possible de se demander ici, si la garantie ainsi constituée demeure un gage, ou si elle constitue avec la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent, le troisième type de transfert de propriété à titre de garantie admis au sein du droit OHADA.

Parmi les éléments militant pour la qualification de gage, nous pouvons indiquer que l'AUS semble imposer, en son article 79³⁴⁰, un nombre limitatif de formes de propriété cédée à titre de sûreté. Le transfert fiduciaire à titre de garantie des biens fongibles n'étant pas expressément prévu, seule resterait envisageable la qualification de gage.

En outre, la volonté des parties, révélée par le sens des règles, de forme notamment, suivies pour la constitution de la garantie, nous oriente vers le choix du gage plutôt que celui de la propriété-sûreté.

Par opposition, les prérogatives dont bénéficie le créancier gagiste sont celles d'un propriétaire, et à l'analyse de ses effets, la garantie semble surtout correspondre à une propriété-sûreté. La volonté première apparente des parties ne serait pas un obstacle au rétablissement de la véritable qualification de la garantie. Sur la manière dont il est mis en œuvre, le mécanisme de gage avec dépossession de biens fongibles correspond à la définition que donne l'article 79 de l'AUS de la propriété cédée à titre de garantie. Il serait par conséquent une propriété-sûreté dont les formalités de constitution s'apparentent au gage.³⁴¹

³³⁹ Article 101 alinéa 2 de l'AUS : « Lorsque la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. En cas d'entiercement, la propriété ainsi acquise par le créancier peut s'exercer sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le tiers convenu.

³⁴⁰ Article précité.

³⁴¹ Au sein du droit français, la qualification de propriété-sûreté du gage avec dépossession de biens fongibles fait peser le risque de nullité de la convention constitutive, en raison notamment du caractère solennel associé

Gage sans dépossession de biens fongibles. Dans le cadre d'un gage sans dépossession de biens fongibles, contrairement à sa conception classique, les parties peuvent insérer dans la convention constitutive, une clause autorisant le constituant à aliéner les biens gagés. L'insertion d'une telle clause a valeur de renonciation pour le créancier gagiste à l'exercice du droit de suite attaché au gage³⁴². Celui-ci ne pourra par conséquent pas faire saisir les biens gagés entre les mains d'un tiers à qui le constituant aura cédé les biens gagés.

Dans l'hypothèse où cette clause serait mise en application, elle obligerait assez logiquement le constituant à assurer leur remplacement par la même quantité de choses équivalentes.

II- Garanties réelles immobilières : le caractère étendu des prérogatives reconnues au propriétaire du bien grevé

Droits du créancier garanti sur le bien. L'étude des garanties réelles immobilières du droit OHADA nous permet de relever, l'intérêt lié aux prérogatives dont dispose le propriétaire du bien sur lequel est constituée une garantie réelle.

L'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle, forcée légale ou forcée judiciaire, confère au bénéficiaire, dans ses rapports avec les tiers, un droit de préférence, et un droit de suite³⁴³. Le droit de préférence permet au créancier, en cas de concurrence avec des créanciers chirographaires, d'être payé prioritairement à ceux-ci sur le prix représentant la valeur du bien immobilier. Quant au droit de suite, il permet au créancier de suivre le bien grevé en quelques mains qu'il passe ; c'est-à-dire de saisir le bien immobilier entre les mains d'éventuels acquéreurs postérieurs à la constitution de l'hypothèque, de le faire vendre, et d'exercer le droit de préférence dont il bénéficie sur le prix³⁴⁴.

Droits du constituant sur le bien. En ce qui concerne le rapport que le créancier bénéficiaire de la garantie entretient avec le constituant de l'hypothèque, le législateur OHADA n'apporte

à la convention de propriété-sûreté ; celle-ci devant inclure, à titre de validité, un certain nombre de mentions obligatoires. Le droit OHADA ne posant pas de telles exigences en la matière, le principal obstacle à la qualification de propriété-sûreté du gage avec dépossession de biens fongibles en est absent.

³⁴² Article 102 de l'AUS : « Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le contrat de gage peut permettre au constituant de les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Cette autorisation donnée au constituant vaut renonciation par le créancier à l'exercice de son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur de ces biens ».

³⁴³ Article 197 al. 1^{er} de l'AUS : « L'hypothèque confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence ».

³⁴⁴ Article 223 de l'AUS : « Le droit de suite s'exerce contre tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque ».

pas de précisions suffisantes. Il ne précise par exemple pas l'étendue des droits dont le constituant dispose sur le bien grevé. En l'absence de limitation expresse, il serait envisageable de considérer que le constituant conserve entièrement les prérogatives qui découlent normalement de sa qualité de propriétaire. Ainsi, le constituant pourrait faire valoir les droits relatifs à l'usus, au fructus et à l'abusus, sur le bien grevé. Toutefois, l'exercice de ces prérogatives ne devrait pas conduire à une réduction de la valeur du bien grevé. Ainsi, une prise en compte des intérêts du créancier bénéficiaire de la garantie dans l'exercice dans la mise en œuvre de ces droits est nécessaire à l'efficacité de l'hypothèque. Il est par conséquent nécessaire de restreindre, dans la stricte limite de ce qui est nécessaire, l'exercice des droits du constituant.

L'un des intérêts les plus importants de l'hypothèque réside dans le fait que le propriétaire reste en possession du bien immobilier grevé. Il a donc la possibilité de faire librement usage du bien, de l'administrer et d'en tirer les fruits et revenus. De manière plus concrète, il lui sera notamment possible d'habiter l'immeuble, de conclure des baux, ou encore de céder des loyers. Cette possibilité d'exploiter le bien est propice à ce que le débiteur constituant produise les revenus nécessaires au remboursement de la dette garantie, et par conséquent favorable à l'efficacité de la garantie.

En revanche, dans la mesure où son exercice est plus enclin à faire baisser la valeur du bien hypothéqué, le droit qu'a le constituant d'effectuer des actes de disposition sur le bien est plus sérieusement limité. Nous pouvons préalablement relever que le propriétaire du bien hypothéqué conserve le droit de le céder. Le maintien de ce droit se justifie par le fait qu'il ne fait normalement courir aucun risque de dépréciation du bien, et que le créancier jouit de la protection relativement efficace qu'est le droit de suite. Il lui est également possible de grever l'immeuble hypothéqué de nouveaux droits réels. Ceux-ci étant, en raison de leur postériorité, d'un rang inférieur à celui de l'hypothèque, ne représentent pas non plus un danger pour le créancier hypothécaire.

Le propriétaire du bien grevé n'a cependant pas le droit de détruire celui-ci, ni totalement, ni partiellement ; un tel acte faisant perdre de la valeur au bien. Certains actes, normalement apparentés aux actes d'administration, peuvent se voir affiliés aux actes de disposition en raison de la lourdeur de l'engagement pris sur le bien hypothéqué par le propriétaire. C'est particulièrement le cas, si nous nous référons au droit français, de la conclusion de baux dont la durée est supérieure à douze ans, ou encore de la cession de loyers excédant trois années. La solution adoptée en droit français n'en fait pas des actes inefficaces, mais consiste à les rendre

opposables au créancier hypothécaire dans la limite de douze et trois ans respectivement³⁴⁵. Le législateur OHADA ne pose quant à lui pas expressément de telles limites. Dans le cadre de l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, les juges de la CCJA seront probablement amenés à identifier les différents actes d'administration qu'ils pourraient assimiler aux actes de disposition.

§2 - Eléments d'inefficacité

Plan. A l'analyse des règles liées à la constitution des garanties réelles, il nous est possible d'effectuer le constat selon lequel nombre d'entre elles, liées soit aux garanties mobilières (I), soit aux garanties immobilières (II), ou encore aux garanties transversales que sont les privilèges (III), sont des limites à l'efficacité différents mécanismes.

I- Garanties mobilières

Eléments identifiés. Des éléments limitant l'efficacité des garanties mobilières dans le droit OHADA, nous pouvons retenir l'incertitude entourant le domaine de la réserve de propriété (A), le domaine excessivement étendu de la cession de créance à titre de garantie (B), l'utilité douteuse des règles de droit spécifiques à certains types de gage (C), ou encore l'absence de régime commun en matière de nantissement (D).

A- Domaine large de la réserve de propriété

Absence de limites quant aux personnes et aux biens. Mise en perspective par rapport aux mécanismes de garantie de l'autre catégorie de propriété-sûreté qu'est la cession de propriété, la réserve de propriété semble afficher un domaine large tant en raison de la qualité des personnes que des biens susceptibles d'en faire l'objet.

³⁴⁵ Article 30-3 du décret du 4 janvier 1955 : « A défaut de publicité, ne peuvent jamais être opposés aux tiers définis par le premier alinéa du 1 : les baux, pour une durée supérieure à douze ans ; les actes portant cession de loyers ou fermages non échus, pour une durée supérieure à trois ans ». Les tiers dont il est question ici sont les personnes qui « sur le même immeuble, ont acquis, du même auteur, des droits concurrents en vertu d'actes ou de décisions soumis à la même obligation de publicité et publiés, ou ont fait inscrire des privilèges ou hypothèques ».

En effet, concernant le domaine d'application *ratione personae* nous pouvons relever que, les textes n'indiquant aucune limite, toute personne est admise à être partie à une convention de réserve de propriété à titre de garantie, que ce soit en qualité de créancier cédant, ou de débiteur acquéreur.

Concernant le domaine d'application *ratione materiae*, la réserve de propriété peut être intégrée à tout type de convention translatrice de propriété. L'objet de cette convention, et par voie de conséquence de la clause de réserve de propriété insérée par les parties, peut être tout type de bien mobilier, que celui-ci soit corporel ou incorporel, qu'il soit de genre ou un corps certain.

Limites relatives à la créance garantie. Toutefois, le domaine de la réserve de propriété est limité quant à la créance garantie. Car seule l'obligation constituant la contrepartie du bien dont la propriété est retenue est admise. Il n'est donc pas permis de prévoir une clause de réserve de propriété dans l'optique de garantir une créance née antérieurement, ni même une créance future.

Spécificités relatives au bien objet de la garantie. La clause de réserve de propriété, selon qu'elle est intégrée dans une convention translatrice de propriété ayant pour objet un corps certain ou une chose fongible laisse apparaître un certain nombre de spécificités.

Lorsque la convention a pour objet un corps certain, le créancier cédant, demeuré propriétaire, supporte en principe tous les risques pesant sur le bien. Néanmoins, les parties prévoient systématiquement une clause au titre de laquelle le débiteur acquéreur du bien se voit transférer la charge des risques sur sa personne.

La clause de réserve de propriété est insérée dans une convention dont l'objectif est le transfert définitif de la propriété d'un bien. Elle s'oppose donc aux autres types de garanties prévues à l'AUS, pour lesquels le transfert définitif de propriété n'est que la conséquence de l'échec du débiteur à remplir son engagement. Devrait en résulter la concession de prérogatives étendues au débiteur acquéreur. L'AUS ne nous apporte pas de précision sur le sujet, mais le débiteur acquéreur devrait pouvoir se comporter en véritable propriétaire, bénéficiant de l'usus, du fructus, et de l'abusus.

Droits du débiteur acquéreur sur l'objet de la garantie. Ainsi, c'est sans difficulté qu'il est possible de reconnaître au débiteur acquéreur le droit de faire usage du bien objet de la convention. Il lui est par ailleurs possible de recueillir les fruits découlant de l'administration du bien qu'il détient.

Du point de vue de l'abus, le pouvoir de disposition dont bénéficie le débiteur acquéreur devrait se révéler plus important que celui qui est habituellement reconnu au détenteur ou au propriétaire précaire d'un bien dans le cadre d'une convention de garantie.

L'importance des droits du débiteur acquéreur est sans doute liée à la nature juridique de la réserve de propriété. Celle-ci, insérée dans une convention translatrice de propriété, pose une condition à l'exercice de l'obligation de donner pesant sur le cédant : l'exécution de l'obligation due par l'acquéreur. Elle serait par conséquent une forme d'exception d'inexécution conventionnelle³⁴⁶. Le débiteur a ici vocation à devenir propriétaire du bien faisant l'objet de la convention. C'est la raison pour laquelle il semble lui avoir été reconnu le droit de céder le bien. Les droits du sous-acquéreur sur le bien pourraient par conséquent être affectés des mêmes particularités que ceux dont dispose le débiteur acquéreur : un droit de propriété soumis à la réalisation d'une condition. Cette possibilité qu'a le débiteur acquéreur de céder le bien faisant l'objet de la réserve de propriété transparaît de l'article 78 de l'AUS, qui nous indique qu'en cas de vente du bien par le débiteur acquéreur, le droit de propriété du créancier cédant se reporte sur la créance pesant sur le sous-acquéreur³⁴⁷.

Le caractère étendu des droits du débiteur acquéreur a pour contrepartie la restriction de ceux qui sont dévolus au créancier cédant. Celui-ci ne bénéficie évidemment pas d'un droit d'usage sur le bien, ni du droit d'en percevoir les fruits. Il ne peut non plus exercer les droits de disposition traditionnellement indissociables de la qualité de propriétaire. Ne peut ainsi lui être reconnue la possibilité de céder le bien à un tiers.

B- Domaine large de la cession de créance à titre de garantie

Souplesse concernant les conditions de constitution. Le législateur OHADA a, comparativement au droit français, accordé un domaine large au mécanisme de cession de créance à titre de garantie. En effet, autant pour ce qui concerne la qualité des parties que pour ce qui est relatif à la nature des créances, le droit OHADA fait preuve d'une grande souplesse.

Qualité des parties. Au sujet de la qualité des parties, l'article 81 de l'AUS³⁴⁸ nous indique que toute personne, physique ou morale, est habilitée à céder les créances qu'elle détient sur un

³⁴⁶ P. SIMLER, P. DELEBECQUE, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 6^{ème} édition, n° 730.

³⁴⁷ Article 78 de l'AUS : « Lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

³⁴⁸ Article précité.

tiers afin de garantir le remboursement d'un crédit auquel elle a souscrit. Le droit OHADA se distingue ici dans la mesure où en droit français, il est nécessaire que le cédant soit une personne morale ou une personne physique agissant dans le cadre de son activité professionnelle³⁴⁹.

La restriction est la même en droit français lorsqu'il s'agit de déterminer la qualité du débiteur cédé. Celui-ci ne peut en effet être qu'une personne morale ou une personne physique ayant agi dans un cadre professionnel. A contrario, lorsqu'on se réfère aux règles applicables en matière de droit OHADA, toute personne, physique ou morale, pourrait être valablement reconnue, comme ayant la qualité de débiteur cédé.

La même observation de souplesse, dans un sens plus limité, pourrait être soulignée concernant les qualités exigées pour être cessionnaire dans une opération de cession de créances à titre de garantie. Lorsque le droit français impose que le cessionnaire soit un établissement de crédit ou une société de financement, le droit OHADA intègre à l'article 80 de l'AUS, « toute personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte, des opérations de banque ou de crédit ».

Qualité de la créance objet de la garantie. Tous ces assouplissements permettent d'admettre en droit OHADA, de manière générale, la cession à titre de garantie de tout type de créance, et par conséquent de créances non professionnelles. Le législateur OHADA s'autorise même à aller encore plus loin concernant les créances pouvant être garanties, puisque des créances déclarées incessibles peuvent, sous réserve de remplir un certain nombre de conditions, faire l'objet d'une cession de créance à titre de garantie. Tout d'abord, sont seules concernées les créances dont l'incessibilité a pour origine une clause contractuelle. De plus, ces créances doivent avoir pris naissance à l'occasion de l'exercice de l'activité professionnelle du débiteur cédé³⁵⁰.

Par ailleurs, un autre point de distinction du droit OHADA pourrait être utilement relevé ici. En effet, une interprétation de l'article 80 *ab initio* de l'AUS autorise à considérer que la cession

³⁴⁹ Article L313-23 al. 1er du Code monétaire et financier français : « Tout crédit qu'un établissement de crédit ou une société de financement consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement ou de cette société, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé ou personne physique dans l'exercice par celle-ci de son activité professionnelle ».

³⁵⁰ Article 80 al. 2 de l'AUS : L'incessibilité de la créance ne peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé lorsqu'elle est de source conventionnelle et que la créance est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ».

de créance à titre de garantie pourrait être consentie pour garantir la dette d'un tiers, lorsqu'en droit français, l'article L313-23 du Code monétaire et financier semble exclure une telle possibilité.

En étendant le domaine de la cession de créance à titre de garantie, le droit OHADA réduit les risques de nullité, améliorant ainsi l'efficacité du mécanisme.

C- Opportunité douteuse des règles spécifiques à certains gages

Pluralité de gages spéciaux. L'AUS prévoit des règles de droit spéciales s'appliquant au gage de trois types de biens mobiliers : le matériel professionnel, les véhicules automobiles, et les stocks. Au regard de l'ensemble des règles intégrées à l'AUS par le législateur OHADA, les dispositions relatives au gage du matériel professionnel et au gage de véhicules automobiles ne semblent pas présenter de véritable utilité (1) ; tandis que le régime spécial du gage de stocks interroge quant à son opportunité au regard des règles de droit commun du gage (2).

1- Utilité des règles spéciales du gage de matériel professionnel et de véhicules automobiles

Transposition des règles relevant du régime de droit commun du gage. Le droit OHADA envisage spécifiquement la possibilité de constituer un gage sur du matériel professionnel ou sur des véhicules automobiles à l'article 118 de l'AUS. Celui-ci dispose en effet en son premier alinéa que : « Sans préjudice des dispositions de la présente sous-section, le matériel professionnel et les véhicules automobiles, assujettis ou non à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, peuvent faire l'objet d'un gage en application des dispositions des articles 92 à 117 du présent Acte uniforme ».

En soumettant le gage du matériel professionnel et le gage de véhicules automobiles au respect des articles 92 à 117 de l'AUS, le législateur OHADA leur affecte l'ensemble du régime du gage de droit commun. A ce niveau, les deux types de gages n'affichent par conséquent aucune particularité.

Le seul rôle qu'il serait possible d'attribuer à l'article 118 alinéa 1^{er} de l'AUS serait celui de représenter une forme de rupture par rapport au texte de l'AUS initial, au titre duquel, concernant les véhicules automobiles, seuls pouvaient faire l'objet d'un nantissement dans le

sens qui lui était attribué avant la réforme, équivalent désormais au gage sans dépossession, ceux qui étaient soumis à autorisation de circulation et à immatriculation administrative³⁵¹. L'article 118 alinéa 1^{er} de l'AUS vient donc mettre fin à une telle restriction, faisant disparaître du même coup la spécificité du gage de véhicules automobiles liée à son objet. A l'image de tous les biens meubles corporels, les véhicules automobiles, comme le matériel professionnel, sont susceptibles de faire l'objet d'un gage avec ou sans dépossession³⁵².

Formalités particulières. Une particularité peut néanmoins être soulignée concernant les formalités à respecter à l'occasion de la constitution d'un gage de véhicules automobiles soumises à déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative. En effet, mention du gage doit être faite sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation. Toutefois, l'absence d'une telle mention n'ayant aucun effet, ni sur la validité de la garantie, ni sur son opposabilité à l'égard des tiers, l'article 119 de l'AUS³⁵³ qui la prévoit fait figure de texte superflu.

Le législateur OHADA précise également à propos du matériel professionnel, dans le cadre de ces dispositions particulières à certains gages, qu'il peut faire l'objet d'un nantissement à l'occasion de la constitution d'un nantissement de fonds de commerce³⁵⁴. Or, il apparaît à la lecture des dispositions organisant spécifiquement le régime du nantissement de fonds de commerce, que le législateur OHADA ouvre la possibilité d'étendre l'objet de la garantie au matériel professionnel³⁵⁵. La répétition de cette disposition ne semble présenter aucune utilité, et il y a une certaine cohérence à la faire figurer au sein des règles spécifiquement applicables au nantissement du fonds de commerce, plutôt que dans le cadre des règles dédiées à la constitution du gage.

³⁵¹ Article 93 de l'AUS initial : « Les dispositions applicables au nantissement du matériel professionnel s'appliquent également aux véhicules automobiles assujettis à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, quelle que soit la destination de leur achat ».

³⁵² La constitution d'un gage avec dépossession portant sur du matériel professionnel ou un véhicule automobile pourrait cependant s'avérer inopportun en raison de l'utilité que ces biens pourraient avoir pour la poursuite de l'activité du débiteur, normalement nécessaire à la production de revenus servant au remboursement de la dette garantie.

³⁵³ Article 119 de l'AUS : « En ce qui concerne les véhicules automobiles assujettis à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation administrative, le gage doit être mentionné sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation. L'absence de cette mention ne remet pas en cause la validité ou l'opposabilité du gage dûment inscrit au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

³⁵⁴ Article 118 al. 2 de l'AUS : « Le matériel professionnel faisant partie d'un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds, conformément aux dispositions des articles 162 à 165 du présent Acte uniforme.

³⁵⁵ Article 162 al. 2 de l'AUS.

2- Opportunité du régime spécial du gage de stocks

Domaine. Le régime spécial du gage de stocks est prévu aux articles 120 à 124 de l'AUS. Contrairement à l'AUS initial, l'AUS réformé ne donne pas de définition à la notion de stock. Le législateur OHADA définissait en effet celui-ci, avant la réforme du 15 décembre 2010, comme « un ensemble déterminé de choses fongibles »³⁵⁶. Cette définition semblait écarter du domaine du régime spécial du gage de stocks, les corps certains. Désormais, le stock pourrait être regardé comme un ensemble déterminé de biens fongibles ou non.

Par ailleurs, il est intéressant de relever que seuls certains types de biens meubles corporels sont admis à faire l'objet d'un gage de stocks. Ce sont : les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, et les marchandises.

Conditions de constitution. Le gage de stocks est, sous réserve de respecter les dispositions spéciales qui lui sont affectées, soumis au régime du gage de droit commun³⁵⁷. Ces dispositions spéciales visent principalement à organiser un mode de transmission simplifié des créances garanties par un gage de stocks sans dépossession.

Formalités de constitution. Le processus suivi est celui de l'émission préalable d'un bordereau de gage de stocks ; Celui-ci servant ensuite d'instrument de transmission de la créance garantie par le biais de l'endossement.

En effet, le premier alinéa de l'article 121 de l'AUS indique qu'il est possible d'émettre un bordereau de gage de stocks à l'occasion de la constitution d'un gage de stocks. Cette émission doit en principe être le fait du greffier, ou du responsable de l'organe désigné compétent au sein de l'Etat-Membre considéré. L'émission d'un bordereau de gage de stocks n'est toutefois possible que sous réserve de respecter un certain nombre de règles de forme. Certaines sont relatives à l'acte constitutif de gage ; d'autres sont relatives au bordereau même.

Concernant l'acte constitutif de gage, il est nécessaire, au titre du second alinéa de l'article 121 de l'AUS, qu'en plus des règles de forme exigées en matière de gage de droit commun, apparaissent dans l'acte le nom de l'établissement domiciliaire du bordereau, et celui de l'assureur couvrant le stock faisant l'objet de la garantie contre les risques de vol, d'incendie,

³⁵⁶ Article 100 de l'AUS initial.

³⁵⁷ Article 120 de l'AUS : « Sans préjudice des dispositions de la présente sous-section, les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises peuvent faire l'objet d'un gage en application des dispositions des articles 92 à 117 du présent Acte uniforme ».

de détérioration totale ou partielle. Ces mentions sont requises à titre de validité du gage. Elles doivent en principe être identifiables dès la conclusion de la convention de gage. Toutefois, il n'est pas fait interdiction aux parties d'adapter une convention de gage de droit commun postérieurement à sa constitution, de manière à ce qu'elle puisse permettre l'émission d'un bordereau.

Concernant le bordereau même, certaines mentions énoncées au sein de l'article 122 de l'AUS doivent y être visibles. Ce sont : la mention « gage de stocks » ; la date de délivrance du bordereau, correspondant à la date à laquelle il a été inscrit au RCCM ; le numéro d'inscription au registre chronologique des dépôts ; et pour finir, la signature du débiteur.

Le bordereau doit ensuite être remis au créancier par acte d'endossement signé. Ce bordereau est en principe valable pendant cinq ans à compter de son émission. Cette règle étant supplétive, les parties ont la possibilité de prévoir des durées plus courtes ou plus longues. Quoi qu'il en soit, la durée de validité du bordereau peut faire l'objet d'un renouvellement.

Organisation de la circulation de la garantie. Le créancier bénéficiaire du gage de stocks a la possibilité de mobiliser assez facilement sa créance en raison de l'aisance avec laquelle il est en mesure de la faire circuler. En effet, l'AUS en son article 122, indique que le bordereau de gage de stocks peut être endossé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre ; produisant les mêmes effets. Le principal effet de l'endossement, révélé à l'article 123 de l'AUS, est le transfert au porteur du bordereau, de la qualité et des droits dévolus au créancier gagiste³⁵⁸.

Ainsi, plutôt qu'un régime spécial du gage de stocks, le législateur OHADA semble organiser un régime spécial de transmission des créances garanties par un gage de stocks. Le choix de l'insertion de telles dispositions au sein de l'AUS pourrait être sujet à discussion, mais le mérite que l'on pourrait en tirer tient au fait que le législateur OHADA envisage ici le seul modèle harmonisé en droit OHADA de cession définitive de créances.

Certaines précisions font encore défaut au mécanisme de transmission développé ici. C'est notamment vrai pour ce qui concerne son opposabilité au débiteur cédé. Les éventuels cessionnaires successifs souhaitant opposer la cession au débiteur cédé, et ainsi recevoir entre leurs mains, les sommes dues au titre de la créance, devraient être tenus d'une obligation de notification à l'égard de celui-ci.

³⁵⁸ Article 123 de l'AUS : « l'endossement confère au porteur du bordereau la qualité et les droits d'un créancier gagiste ».

Droits et devoirs imprécis des parties. Dans un sens plus général, les droits et devoirs des différents protagonistes ne sont pas envisagés, exception faite de la reconnaissance accordée au débiteur de vendre les biens formant le stock gagé. Le premier alinéa de l'article 124 de l'AUS dispose en effet que : « le débiteur émetteur du bordereau de gage de stocks conserve le droit de vendre les stocks gagés ». Cette prérogative fait cependant l'objet d'une limitation importante, puisque le second alinéa de l'article 124 de l'AUS oblige le débiteur à consigner auprès de l'établissement domiciliaire du bordereau, le prix de la vente avant toute livraison.

Or, entre partenaires commerciaux, il est courant qu'à l'occasion d'une vente, le paiement du prix intervienne postérieurement à la livraison des biens cédés. Le Législateur OHADA, tout en admettant expressément la cession de biens inclus dans un stock faisant l'objet d'un gage, possibilité déjà reconnue dans le cadre du régime commun du gage et spécialement dans l'hypothèse du gage de biens fongibles, introduit une condition de réalisation ayant pour effet de brider considérablement son effectivité. Limiter la mobilité des stocks d'un agent économique est synonyme de limitation de son activité professionnelle. La bonne marche de l'activité professionnelle du débiteur étant souvent indispensable au règlement de sa dette, une telle mesure pourrait être considérée comme l'une des règles de l'AUS néfastes à l'efficacité des garanties.

D- Absence d'un régime commun du nantissement

Diversité de régimes. Le nantissement, nous l'avons évoqué un peu plus tôt, ne fait l'objet, dans le cadre du droit OHADA, d'aucun régime commun. Seuls sont envisagés des régimes spéciaux de nantissement. Cette multiplicité de régimes spéciaux ne favorise pas la clarté, l'accessibilité des règles applicables aux garanties prévues par le Législateur OHADA. Ce qui pourrait être regardé comme un inconvénient à l'efficacité de ces dernières. Font l'objet de ces régimes spéciaux : les créances et comptes bancaires (1) ; les droits d'associés et les valeurs mobilières (2), les comptes de titres financiers (3) ; les fonds de commerce (5) ; les droits de propriété intellectuelle (4).

1- Nantissement de créance et de compte bancaire

Notions. Le nantissement de créance et le nantissement de compte bancaire peuvent être définis comme le fait d'affecter en garantie d'une obligation dont on est ou non le débiteur, une créance

détenue à l'encontre d'un tiers pour le premier, ou un compte destiné à recevoir des fonds ouvert auprès d'un établissement bancaire pour le second.

Domaine. Le domaine du nantissement de créance est assez peu limité puisqu'aucune restriction n'est introduite par le Législateur OHADA concernant la qualité des parties intervenant dans le cadre cette opération, et encore moins la qualité des créances pouvant en faire l'objet.

Ainsi, tous les types de créances, aussi bien professionnelles que non-professionnelles, civiles comme commerciales, pourraient faire l'objet d'un nantissement.

De même, toute personne, physique ou morale, agissant à l'occasion de son activité professionnelle ou non, pourrait constituer un nantissement de créance, ou en être le bénéficiaire. Cette souplesse relative aux qualités de constituant et de bénéficiaire s'applique également en matière de nantissement de compte bancaire. Seule la personne du débiteur de la créance nantie représente ici un élément de différenciation, puisque toute personne peut voir sa dette faire l'objet d'un nantissement, lorsque seuls les établissements bancaires peuvent être identifiés en tant que personnes débitrices dans une opération de nantissement de compte bancaire.

Régime commun aux deux types de garanties. Conformément à ce que nous avons précédemment indiqué, au titre de l'article 136 de l'AUS, à quelques exceptions près³⁵⁹, le nantissement de créance et le nantissement de compte bancaire sont soumis à un régime commun. Les règles qui président à leur constitution et à leur opposabilité aux tiers, nous l'avons souligné, sont similaires. Il en est de même pour ce qui concerne leur opposabilité au débiteur de la créance faisant l'objet de la garantie.

Conditions d'opposabilité. Le nantissement de créance, ou de compte bancaire, est opposable au débiteur de la créance nantie à la condition que celui-ci en ait reçu notification, ou soit intervenu à l'acte. En effet, le premier alinéa de l'article 132 de l'AUS dispose que : « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié par écrit ou ce dernier doit intervenir à l'acte ».

Eléments pouvant servir de preuve quant à l'information du débiteur de la créance nantie concernant l'existence de la garantie, la notification, comme la participation à l'acte, sont des

³⁵⁹ Le nantissement de compte bancaire, dans le cadre des règles propres à sa réalisation, présente un certain nombre de spécificités par rapport au nantissement de créance.

éléments déterminants en ce qui concerne l'identification de la personne habilitée à recevoir le paiement de la créance. Dans l'hypothèse où l'une et l'autre feraient défaut, seul le constituant de la garantie pourrait valablement recevoir paiement de la créance³⁶⁰. La charge reviendrait dans ce cas au constituant de reverser la somme reçue au créancier nanti. Dans l'hypothèse où la notification serait régulièrement effectuée, ou la participation du débiteur de la créance nantie serait effective, le créancier nanti serait seul habilité à recevoir paiement de la créance³⁶¹.

Effets de la garantie. Ces dispositions relatives à l'opposabilité du nantissement de créance et de compte bancaire sont quasiment identiques à celles qui s'appliquent en droit français, et que l'on retrouve aux articles 2362 et 2363 du code civil. Certains auteurs, interprétant ces textes, semblent voir dans le fait que le débiteur de la créance nantie ne puisse plus en effectuer le paiement entre d'autres mains que celles du créancier nanti à la suite de la notification ou de sa participation à l'acte, la reconnaissance d'un droit de rétention au créancier nanti³⁶². Cependant, d'autres auteurs ne voient dans la prérogative accordée au créancier nanti qu'un simple pouvoir de blocage, n'étant pas suffisant à la caractérisation du droit de rétention³⁶³.

Reconnaître un droit de rétention au profit du créancier nanti reviendrait à lui accorder un droit exclusif sur la somme dévolue au paiement de la créance nantie. Ce qui mettrait le créancier nanti à l'abri d'un potentiel concours avec des créanciers qui pourraient lui être préférés. En revanche, cette exclusivité ne saurait être associée au nantissement de créance dans l'hypothèse où on ne reconnaîtrait au créancier nanti qu'un simple pouvoir de blocage. Ce dernier ne serait que la traduction de l'indisponibilité de la créance nantie, et ne pourrait avoir pour effet la disqualification de potentiels créanciers privilégiés pour ce qui concerne le partage de la créance.

Le droit de rétention ne peut en principe être reconnu qu'à la condition que celui qui s'en prévaut ait un pouvoir matériel effectif sur le bien sur lequel il souhaiterait agir. Or, le nantissement de créance a ceci de particulier qu'il est un droit réel portant sur un droit personnel, celui du constituant sur le débiteur de la créance nantie. Par conséquent, il est difficilement

³⁶⁰ Article 132 al. 2 de l'AUS : « A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance, à charge d'en verser le montant au créancier nanti, sauf stipulation contraire et sous réserve du respect des dispositions de l'article 134 du présent Acte uniforme ».

³⁶¹ Article 133 de l'AUS : « Après notification ou intervention à l'acte du débiteur de la créance nantie, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de cette créance tant en capital qu'en intérêts et autres accessoires, même lorsque le paiement n'a pas été poursuivi par lui ».

³⁶² M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Dalloz, 3^{ème} édition, n° 1804.

³⁶³ M. MIGNOT, *L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance du 23 mars 2006*, *Revue de droit bancaire et financier* 2010, n° 1, étude 2.

concevable que le créancier nanti puisse avoir un pouvoir matériel effectif sur ce droit personnel³⁶⁴. Il serait toutefois possible d'admettre l'effectivité d'un tel pouvoir à la suite du versement par le débiteur, entre les mains du créancier nanti, de la somme correspondant au montant de la créance nantie. Le créancier nanti deviendrait véritablement à ce moment le détenteur d'un bien appartenant au constituant.

Ainsi, à l'échéance de la créance nantie, le paiement entre les mains du créancier nanti permettrait à celui-ci, en l'absence de satisfaction, de faire valoir un droit de rétention sur la somme versée, et de bénéficier d'un droit exclusif sur son montant. En revanche, antérieurement à l'échéance de la créance et à son paiement, en l'absence de tout pouvoir matériel effectif sur le bien, le créancier nanti ne devrait pouvoir tirer profit d'aucun droit de rétention. Il pourrait par conséquent être amené à subir le concours d'autres créanciers privilégiés, notamment dans l'hypothèse où une saisie serait effectuée.

Droits et devoirs des parties imprécis. Les questions liées au droit de rétention du créancier nanti nous amènent à nous interroger globalement sur l'étendue des droits et devoirs des parties dans le cadre d'une convention de nantissement de créance. Le Législateur OHADA a été assez peu productif sur le sujet. Il nous est possible d'en déterminer quelques-unes en nous appuyant sur les dispositions s'appliquant aux autres garanties réelles de l'AUS.

Le nantissement a classiquement pour effet de conférer au créancier à la fois un droit de préférence et un droit de suite sur le bien qui en fait l'objet. Ainsi le Législateur OHADA, nous le verrons plus précisément par la suite, prévoit expressément que le créancier bénéficie d'un droit de préférence et d'un droit de suite en matière de nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, en matière de nantissement des droits de propriété intellectuelle, en matière de nantissement de fonds de commerce. Un raisonnement par analogie plaiderait pour l'extension au nantissement de créance et au nantissement de compte bancaire, de la reconnaissance au profit du créancier nanti, d'un droit de préférence sur la créance nantie³⁶⁵.

³⁶⁴ Pour certains auteurs, la reconnaissance d'un pouvoir matériel effectif pourrait advenir dans le cas où la créance serait matérialisée par un titre, au profit de celui auquel celui-ci serait transmis. Par ailleurs, le créancier gagiste bénéficie en matière de gage sans dépossession d'un droit de rétention malgré l'absence de pouvoir matériel effectif sur le bien. Mais cette exception est expressément introduite par la loi.

³⁶⁵ Un raisonnement a contrario nous amènerait à considérer qu'en indiquant expressément pour certains types de nantissement que le créancier nanti bénéficiait d'un droit de préférence et d'un droit de suite, et en l'omettant pour d'autres, le Législateur OHADA a volontairement souhaité écarter de tels effets pour ces derniers. Toutefois, une telle interprétation serait désavantageuse pour les créanciers et n'irait pas dans un sens favorable à l'efficacité des garanties.

Concernant le nantissement de compte bancaire en particulier, les droits du créancier s'exercent normalement sur le solde créditeur du compte. Or celui-ci est susceptible de varier, à la hausse, mais plus dangereusement à la baisse, notamment lorsque le nantissement porte sur un compte à vue. En effet, le Législateur OHADA semble autoriser au profit du constituant de la garantie, en même temps qu'il accorde aux parties la possibilité d'en limiter conventionnellement l'étendue, le maintien de la libre disposition des fonds présents sur le compte au moment de la constitution de la garantie. Cette idée ressort principalement de l'article 138 de l'AUS qui dispose que : « Les parties peuvent convenir des conditions dans lesquelles le constituant pourra continuer à disposer des sommes inscrites sur le compte nanti ». Cela se traduit généralement dans la pratique, par l'obligation pour le constituant de maintenir continuellement sur le compte bancaire, un solde supérieur ou égal à un certain montant. Cela pourrait également se traduire par l'instauration d'un délai dans lequel le constituant serait tenu de reconstituer un solde minimal initialement convenu.

2- Nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières

Notion. Le nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières pourrait se concevoir comme l'affectation en garantie d'une obligation, par celui qui en est le débiteur ou non, de droits cessibles reconnus aux associés, ou de titres transmissibles émis par une personne morale, conférant à son titulaire une quotité du capital ou un droit de créance sur le patrimoine de celle-ci.

Domaine. Au regard de l'article 140 de l'AUS, le droit OHADA permet le nantissement de parts sociales, d'actions, ou encore d'obligations, ou de tout autre droit d'associé cessible, émanant de sociétés commerciales ou de toute autre personne morale assujettie à l'immatriculation au RCCM.

Les sociétés sont dites commerciales en raison de la forme sous laquelle elles sont constituées ou de l'objet de leur activité. Les sociétés dites commerciales par la forme sont énumérées au second alinéa de l'article 6 de l'AUDCG. Ce sont : la société en nom collectif, la société en commandite simple, la société à responsabilité limitée, et la société anonyme. Les sociétés sont

dites commerciales en raison de leur objet lorsqu'elles exercent des actes de commerce à titre de profession habituelle³⁶⁶.

L'identification des autres personnes morales assujetties à une immatriculation au RCCM est difficile à réaliser, puisque la détermination des catégories de personnes morales soumises à cette immatriculation est du domaine de la loi de chaque Etat-Membre³⁶⁷.

En ce qui concerne la qualité des personnes habilitées à constituer ou à être bénéficiaires d'un nantissement de droits d'associés ou de valeurs mobilières, le Législateur OHADA ne pose pas de limitation. Ainsi, toute personne physique ou morale, agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou non, peut régulièrement constituer un nantissement de droits d'associés ou de valeurs mobilières, ou en être le créancier bénéficiaire.

Dans un sens équivalent, nous pouvons préciser que les créances garanties par un nantissement de droits d'associés ou de valeurs mobilières peuvent être tant professionnelles que non-professionnelles, aussi bien civiles que commerciales.

Droits et devoirs imprécis des parties. Par ailleurs, similairement au constat qui a été effectué en matière de nantissement de créance et de compte bancaire, le Législateur OHADA ne détaille pas suffisamment les droits et devoirs des différentes parties à un nantissement de droits d'associés ou de valeurs mobilières. Il indique néanmoins, principalement à l'article 144 de l'AUS, quelques droits dont pourrait se prévaloir le créancier nanti.

Tout d'abord, nous pouvons noter que le créancier nanti a la possibilité de percevoir les fruits des parts sociales ou des valeurs mobilières. Ainsi, le créancier nanti pourra recueillir les sommes attribuées au constituant de la garantie au titre de la répartition du bénéfice distribuable que sont les dividendes³⁶⁸. Il semble toutefois nécessaire de noter que cette prérogative est soumise à un accord préalable des parties. Ainsi, en l'absence d'un tel accord, le constituant de la garantie demeure, par opposition au nantissement de créance, pleinement possesseur des parts sociales ou des valeurs mobilières nanties. Il conserve par conséquent l'exercice de l'ensemble des droits relatifs à la titularité de ces parts sociales ou valeurs mobilières, dans la limite

³⁶⁶ Définition tirée de l'article L 121-1 du Code de Commerce français définissant la qualité de commerçant : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle ».

³⁶⁷ Article 46 de l'AUDCG.

³⁶⁸ La jurisprudence française, après une période d'hésitation, reconnaît la qualité de fruits aux dividendes. L'arrêt rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation le 5 octobre 1999 vient le confirmer : « Les sommes qui, faisant partie du bénéfice distribuable, sont, soit en vertu des statuts, soit après décision de l'assemblée générale, réparties entre les actionnaires participent de la nature des fruits ».

cependant de l'obligation qui est la sienne, de veiller autant que cela lui est possible, à la préservation de la consistance de l'assiette de la garantie.

Par ailleurs, l'AUS ne le précise pas, mais cela paraîtrait cohérent, les sommes reçues par le créancier nanti au titre de la perception des fruits des parts sociales ou des valeurs mobilières pourraient être conservées sur un compte ouvert au nom du constituant, et restituées à la suite de l'exécution par le débiteur de son obligation, ou plus simplement, elles pourraient venir en compensation de la créance due par le constituant.

Ensuite, nous pouvons noter que le créancier bénéficie d'un droit de suite. Celui-ci s'exerce, selon l'article 144 de l'AUS, conformément aux dispositions du second alinéa de l'article 97 de l'AUS. Ceci implique qu'en cas de publication régulière du nantissement de parts sociales ou de valeurs mobilières, les ayants cause à titre particulier du constituant, dont les droits sont nés postérieurement à la publication du nantissement, ne peuvent se voir reconnaître la qualité de possesseurs de bonne foi. Par conséquent, possibilité est reconnue au créancier nanti d'effectuer une saisie entre leurs mains.

Enfin, nous pouvons relever que le créancier se voit garantir ici un droit de préférence. L'article 144 de l'AUS précise qu'il s'exerce conformément aux dispositions de l'article 226 de l'AUS. Ce dernier précise le rang auquel pourrait prétendre le créancier nanti en cas de concours avec d'autres créanciers concernant la distribution des deniers issus de la réalisation des parts sociales ou des valeurs mobilières nanties.

3- Nantissement des comptes de titres financiers

Notion. Le nantissement de compte de titres financiers est défini par le Législateur OHADA à l'article 146 de l'AUS comme étant « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble des valeurs mobilières et autres titres financiers dans ce compte ». Les titres financiers inscrits sur le compte sont des titres représentant une partie du capital d'une société, ou une partie des dettes d'une personne morale, négociables sur un marché financier³⁶⁹.

³⁶⁹ Le droit français, par le biais de l'article L211-1 du Code monétaire et financier, distingue trois catégories de titres financiers : les titres de capital émis par les sociétés par action, les titres de créance, et les parts ou actions d'organismes de placement collectif.

Le compte faisant l'objet de la garantie est un compte spécial ouvert au nom du titulaire des titres financiers qui y sont inscrits et répondant à un régime particulier. L'AUS indique en effet en son article 149 que « le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier ».

Le texte de l'article 149 de l'AUS révèle également que l'opération est susceptible de faire intervenir entre trois et cinq catégories de personnes selon les cas : le créancier bénéficiaire de la garantie, le constituant, le débiteur lorsque le nantissement sert à garantir la dette d'un tiers, la personne morale émettrice des titres financiers, et un intermédiaire financier dans l'hypothèse où le compte n'est pas tenu par la personne morale émettrice.

Qualité des parties. Concernant la qualité de ces parties, l'émetteur des titres financiers intégrés à l'assiette de la garantie, ainsi que l'éventuel intermédiaire financier, ne peuvent qu'être des personnes morales. Quant au constituant du nantissement et à celui qui en est le créancier bénéficiaire, les textes n'imposent aucun critère particulier. Par conséquent, toute personne physique ou morale, agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou non, est habilitée à constituer un nantissement de compte de titres financiers, ou à en être le créancier bénéficiaire.

Créance garantie. A titre accessoire, nous pouvons également souligner que la créance garantie par un nantissement de compte de titres financiers peut être professionnelle ou non-professionnelle, civile ou commerciale.

Formalités de constitution. Si l'on s'en tient au texte du premier alinéa de l'article 147 de l'AUS, la constitution du nantissement de compte de titres financiers se réalise du seul fait de l'établissement d'une déclaration constitutive de nantissement par le titulaire du compte. Cette déclaration constitutive doit comporter à titre de validité, des éléments relatifs à l'identification des parties, du compte nanti et des titres financiers y étant inscrits, ainsi que ceux qui sont nécessaires à l'individualisation de la créance garantie. Mais cette déclaration n'est envisageable qu'à la suite de la conclusion d'une convention de nantissement entre le constituant de la garantie et le créancier bénéficiaire. Cette convention organise notamment les modalités de fonctionnement du compte.

Assiette de la garantie. Concernant l'assiette de la garantie, il serait utile de noter que le nantissement a ici pour objet, non pas les titres financiers composant le compte pris individuellement, mais le compte qui les contient pris dans son universalité. En effet, nous

pouvons constater que le contenu du compte nanti peut varier postérieurement à la constitution de la garantie sans que cela n'affecte la régularité du nantissement.

Cette variation peut être positive, puisqu'il est possible que des titres financiers soient postérieurement intégrés au compte, venant s'ajouter aux titres initiaux auxquels ils empruntent le statut. Cette variation peut également s'avérer neutre pour ce qui est de la consistance de l'assiette de la garantie. Les titres contenus dans le compte nanti peuvent en effet se voir substituer d'autres titres financiers. L'article 148 de l'AUS indique notamment que « les titres financiers figurant initialement au crédit du compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent de quelque manière que ce soit (...) sont compris dans l'assiette de la garantie ». La variation peut enfin être négative en cas de cession simple de titres contenus dans le compte.

Ces variations sont généralement encadrées par des clauses insérées dans l'acte constitutif du nantissement. Celles-ci sont influencées par la volonté de préserver sur le compte une valeur suffisante pour garantir efficacement la créance. Ainsi, la possibilité de disposer des titres figurant sur le compte est soumise au respect de conditions préalablement définies par les parties³⁷⁰. Le constituant pourrait notamment être habilité à céder une certaine quantité de titres en cas de satisfaction partielle du créancier. D'autre part, les parties pourraient insérer une clause engageant le constituant à maintenir la valeur de l'objet de la garantie, le contraignant ainsi à intégrer de nouveaux titres au compte en cas de diminution de la valeur des titres initiaux.

Par ailleurs, il est tout à fait envisageable que le compte faisant l'objet du nantissement ne soit pas uniquement composé de titres financiers. Car au regard du premier alinéa de l'article 148 de l'AUS, « leurs fruits et produits sont compris dans l'assiette du nantissement ». Peuvent être considérés comme des fruits de titres financiers, les dividendes correspondant à la part de capital que représentent les titres figurant au crédit du compte. Peuvent également être regardés comme des fruits, les intérêts produits par la créance détenue à l'encontre de la personne morale émettrice du titre. Quant aux produits, ce sont principalement les sommes provenant de la cession des titres.

Les fruits et les produits sont donc d'une autre nature que les titres. Il en résulte que le compte nanti comporte généralement une partie titres et une partie espèces. Ces espèces sont rétroactivement soumises à un statut identique à celui qui s'impose aux titres initialement présents sur le compte. Le second alinéa de l'article 148 de l'AUS indique à ce propos que « les

³⁷⁰ Article 151 al. 1^{er} de l'AUS : « Le créancier nanti définit avec le titulaire du compte nanti les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers ».

titres financiers et les sommes en toute monnaie inscrites au crédit du compte nanti postérieurement à la date de la déclaration constitutive du nantissement sont réputés avoir été remis à la date de ladite déclaration ».

Il peut arriver que les parties soient contraintes d'ouvrir un second compte spécial auprès d'une autre personne que celle chargée de tenir le compte de titres financiers, afin d'y inscrire les fonds relatifs aux fruits et aux produits. C'est notamment le cas lorsque la personne tenant le compte n'est pas autorisée à recevoir les fonds du public. Ce second compte spécial est donc ouvert auprès d'un établissement habilité à recevoir des fonds ; il s'agit généralement d'un établissement de crédit³⁷¹.

Les sommes inscrites sur ce compte spécial répondent au même statut que les titres formant l'assiette initiale du nantissement. Au regard du second alinéa de l'article 150 de l'AUS, ce compte spécial est fictivement considéré comme faisant partie intégrante du compte nanti à la date de la constitution du nantissement.

Droits des parties. Concernant les droits et obligations des différentes parties, nous avons précédemment souligné qu'en l'absence d'accord du créancier nanti, le constituant de la garantie était privé de la possibilité de céder les titres figurant au crédit du compte, et qu'il ne pouvait en recueillir les fruits et produits puisque ceux-ci sont dès leur naissance intégrés à l'assiette du nantissement. L'ensemble de ces limitations aux droits du constituant sur les biens dont il est propriétaire traduisent la dépossession dont il fait l'objet. Le respect des effets de cette dépossession est normalement assuré par le teneur du compte. Il est donc indispensable que celui-ci soit tenu informé de la constitution du nantissement. Il est par conséquent de la responsabilité du créancier nanti de notifier l'opération à l'établissement teneur de compte³⁷². Le rôle du teneur de compte est également prépondérant lorsque les parties décident d'introduire dans la convention, des clauses aménageant les effets de la dépossession ; notamment lorsque le créancier nanti souhaite permettre au constituant de disposer des titres et des sommes correspondant à leurs fruits et produits, figurant au crédit du compte. Le constituant

³⁷¹ Article 150 al. 1^{er} de l'AUS : « Lorsque le compte est tenu par une personne non autorisée à recevoir des fonds du public, les fruits et produits mentionnés à l'article 148 du présent Acte uniforme sont inscrits au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire du compte nanti dans les livres d'un établissement habilité à recevoir ces fonds ».

³⁷² Il est possible qu'une seule personne réunisse les qualités de créancier nanti et de teneur de compte. Une telle configuration fait perdre tout intérêt à la notification.

et le créancier nanti sont tenus de l'informer des aménagements effectués. il devra ensuite veiller à ce que ceux-ci soient respectés³⁷³.

En dépit de la difficulté qu'il y aurait à reconnaître l'exercice d'un pouvoir matériel effectif sur un bien incorporel, le Législateur OHADA accorde au créancier nanti un droit de rétention sur les titres figurant sur le compte nanti. Le bénéfice de ce droit de rétention est indépendant du cumul ou non des qualités de créancier bénéficiaire et de teneur du compte nanti, autant qu'il l'est de l'étendue des droits accordés au constituant par le créancier nanti concernant la disposition des titres et des sommes apparaissant sur le compte nanti. Le premier alinéa de l'article 151 de l'AUS précise en effet que « le créancier nanti bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti ». Ce droit de rétention ne peut évidemment s'exercer sur les titres régulièrement cédés par le constituant, mais seulement sur ceux qui en plus des fonds issus des fruits et produits des titres initiaux, apparaissent sur le compte au moment où le créancier nanti l'invoque.

Le créancier peut s'assurer du respect de ses droits en obtenant du teneur de compte, une attestation de nantissement de compte de titres financiers reprenant « l'inventaire des titres financiers et sommes en toutes monnaies inscrites à la date de délivrance de ladite attestation »³⁷⁴ ; et dans l'hypothèse où le teneur de compte ne serait pas autorisé à recevoir des fonds du public, le créancier pourrait également obtenir de l'établissement auprès duquel un compte spécial aura été ouvert, une attestation reprenant l'inventaire des sommes en toute monnaie inscrites au crédit du compte à la date de sa délivrance³⁷⁵. Cette attestation pourrait être sollicitée à l'occasion de la manifestation par le créancier nanti, de son souhait de mettre en œuvre le droit de rétention dont il bénéficie, à la suite de la défaillance du débiteur. Le teneur de compte engagerait sa responsabilité si une différence défavorable au créancier était constatée au moment de la réalisation du nantissement, entre le contenu du compte nanti et l'attestation de nantissement sollicitée.

Le créancier bénéficiaire d'un nantissement de compte de titres financiers apparaît donc comme un créancier privilégié comparativement aux créanciers bénéficiant d'autres types de nantissement, puisqu'en cas de mise en œuvre du droit de rétention qui lui est accordé, il est

³⁷³ Article 151 al. 2 de l'AUS : « Lorsque n'étant pas le teneur du compte nanti, le créancier nanti a autorisé le titulaire du compte à disposer des valeurs mobilières et des sommes en toutes monnaie figurant dans le compte nanti, le titulaire du compte et le créancier nanti informent par écrit le teneur de compte des conditions de cette disposition. Le teneur de compte ne peut déroger aux instructions reçues sans l'accord du créancier nanti ».

³⁷⁴ Article 148 al. 3 de l'AUS.

³⁷⁵ Article 150 al. 3 de l'AUS.

préservé de la concurrence d'éventuels créanciers privilégiés du constituant de la garantie, car bénéficiant d'un droit exclusif sur les titres et fonds inscrits sur le compte nanti.

4- Nantissement des droits de propriété intellectuelle

Notion. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle est défini au premier alinéa de l'article 156 de l'AUS comme « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles ».

Les droits de propriété intellectuelle sont des droits exclusifs et temporaires d'exploitation que les Etats accordent aux auteurs de créations nouvelles, de signes distinctifs, ainsi qu'aux artistes et créateurs d'œuvres de l'esprit. Dans sa définition du nantissement des droits de propriété intellectuelle, le Législateur OHADA liste un certain nombre de catégories de droits pouvant faire l'objet d'un nantissement : ce sont les droits relatifs aux brevets d'invention, aux marques de fabrique et de commerce, aux dessins et modèles. Toutefois, compte tenu de la formulation choisie pour introduire cette énumération, il est possible d'affirmer que cette liste est loin d'être limitative.

Qualité des parties. Le nantissement de droits de propriété intellectuelle pourrait être constitué, en l'absence de restriction textuelle, par toute personne physique ou morale, agissant dans le cadre de son activité professionnelle ou non. De même, toute personne physique ou morale, créancière d'une obligation pourrait faire garantir celle-ci par un nantissement de droits de propriété intellectuelle. L'obligation garantie dans un tel cadre pourrait être professionnelle ou non professionnelle, civile ou commerciale.

Assiette de la garantie. L'objet du nantissement des droits de propriété intellectuelle est expressément restreint par le Législateur OHADA qui exclut de l'assiette du nantissement, non seulement les accessoires des droits nantis, mais également les fruits résultant de leur exploitation. Cette restriction n'est néanmoins pas d'ordre public, les parties ayant la possibilité d'étendre par voie conventionnelle l'assiette de la garantie aux accessoires et fruits des droits de propriété intellectuelle faisant l'objet du nantissement³⁷⁶.

³⁷⁶ Article 159 de l'AUS : « Le nantissement de droits de propriété intellectuelle ne s'étend pas, sauf convention contraire des parties, aux accessoires et aux fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle objet du nantissement ».

Droits et obligations des parties. La réduction stricte de l'assiette du nantissement aux droits de propriété intellectuelle ne prive pas les parties de la possibilité d'envisager que le créancier recueille les fruits de l'exploitation pour le compte du constituant, qu'il les conserve sur un compte ouvert au nom de celui-ci, ou les perçoive à titre de paiement total ou partiel de la créance nantie.

Le nantissement des droits de propriété intellectuelle laisse au constituant la possession de l'objet de la garantie. Il conserve les principales prérogatives découlant de sa qualité de propriétaire. Il lui est donc possible d'user simplement des droits de propriété intellectuelle dont il est titulaire, ou encore d'en tirer les fruits. Il peut également céder ses droits à un tiers.

En contrepartie de ces droits accordés au constituant, le nantissement des droits de propriété intellectuelle confère au créancier qui en est bénéficiaire, un droit de préférence et un droit de suite sur l'objet de la garantie.

En effet, l'article 161 de l'AUS indique tout d'abord que le créancier nanti bénéficie d'« un droit de suite qu'il exerce conformément aux dispositions de l'article 97 alinéa 2 du présent Acte uniforme ». Ceci implique qu'en cas de cession de droits de propriété intellectuelle sur lesquels porte le nantissement, le créancier a la possibilité, suite à la défaillance du débiteur, de les saisir entre les mains de tout acquéreur, de les faire vendre, et de se faire payer sur le prix. L'exercice de ce droit de suite peut être mis en échec lorsqu'est établie la bonne foi de l'acquéreur, traduite par l'ignorance qu'il a de l'existence d'un nantissement grevant les droits qu'il a acquis. Cette ignorance est toutefois exclue, et il en est par conséquent de même pour la bonne foi, lorsque le nantissement a été régulièrement inscrit au RCCM.

Ensuite, l'article 161 de l'AUS ajoute qu'il est aussi accordé au créancier nanti « un droit de préférence qu'il exerce conformément aux dispositions de l'article 226 du présent Acte uniforme ». Ceci signifie que dans l'hypothèse où le créancier nanti ferait face à la concurrence d'autres créanciers du titulaire des droits de propriété intellectuelle nantis, notamment celle des créanciers dits chirographaires, il serait payé prioritairement à ceux-ci à l'occasion de la distribution du prix relevant de la réalisation des droits faisant l'objet de la garantie.

5- Nantissement du fonds de commerce

Notions. A titre de définition du fonds de commerce, le Droit OHADA indique à l'article 135 de l'AUDCG qu'il est « constitué par un ensemble de moyens qui permettent au commerçant

d'attirer et de conserver une clientèle ». De manière plus étendue, nous pourrions dire du fonds de commerce qu'il est un ensemble de biens mobiliers corporels et incorporels affectés à l'exploitation d'une entreprise commerciale, qui constitue lui-même un bien meuble incorporel distinct des éléments qui le composent.

La définition donnée du fonds de commerce par l'AUDCG met l'accent sur l'élément qui en assure l'unification, « celui sans lequel le fonds ne saurait exister » selon la jurisprudence française³⁷⁷ : la clientèle. Malgré tout, le droit OHADA ne conçoit pas la clientèle comme un élément suffisant à caractériser un fonds de commerce. A la clientèle, il faut nécessairement que soit au moins associée l'enseigne ou le nom commercial pour que l'existence d'un fonds de commerce soit admise³⁷⁸.

Concernant le nantissement du fonds de commerce, le Législateur OHADA, au premier alinéa de l'article 162 de l'AUS, le considère comme « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial ».

Assiette de la garantie. Cette énumération limitée des éléments à intégrer obligatoirement à l'assiette d'un nantissement de fonds de commerce n'exclut pas la possibilité d'étendre l'assiette de la garantie à d'autres éléments, principalement incorporels, tels que le droit au bail et les droits de propriété intellectuelle. Exceptionnellement, une catégorie d'éléments corporels peut être admis à intégrer l'assiette d'un nantissement de fonds de commerce : il s'agit des biens collectivement désignés sous le terme « matériel professionnel »³⁷⁹. Nous pouvons toutefois à nouveau préciser ici que, identiquement à ce qui a été admis par la jurisprudence française, les droits réels immobiliers sont exclus du fonds de commerce, et ne peuvent par conséquent être intégrés à l'assiette d'un nantissement de fonds de commerce. C'est la raison pour laquelle les baux ou conventions conférant des droits réels tels que les baux emphytéotiques, les baux à construction, les droits de superficie, en sont écartés.³⁸⁰

³⁷⁷ Cour de Cassation, Chambre des Requêtes, 15 février 1937.

³⁷⁸ Article 136 de l'AUDCG : « Le fonds de commerce comprend nécessairement la clientèle et l'enseigne ou la clientèle et le nom commercial, sans préjudice du cumul de la clientèle avec l'enseigne et le nom commercial ».

³⁷⁹ Article 162 alinéa 2 de l'AUS : « Le nantissement peut aussi porter sur les autres éléments incorporels du fonds de commerce tels que le droit au bail commercial, les licences d'exploitation, les brevets d'invention, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. Il peut également être étendu au matériel professionnel ».

³⁸⁰ Article 162 alinéa 4 de l'AUS : « Le nantissement ne peut porter sur les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité immobilière ».

Droits et obligations du constituant. Le constituant du nantissement de fonds de commerce, qui peut être ou non le débiteur de l'obligation garantie, n'est pas privé de la possession du fonds. Il conserve par conséquent le droit d'administrer le fonds de commerce, et notamment celui de tirer les fruits de son exploitation. Il doit cependant veiller à agir en individu raisonnable, et à éviter tout comportement ayant pour effet de réduire la valeur du fonds de commerce nanti. Le constituant bénéficie également de la possibilité de déplacer simplement le fonds, ou de manière plus significative, de le céder à un tiers.

La question du déplacement du fonds de commerce peut soulever la problématique du maintien de l'existence du fonds. En effet, le déplacement des moyens permettant au commerçant de capter et de conserver la clientèle pourrait conduire à la disparition de cette dernière. Or nous l'avons souligné, la clientèle est un élément indispensable à l'existence du fonds. Lorsque la clientèle peut être associée au moins en partie à un autre élément tel que l'enseigne ou le nom commercial, l'existence du fonds de commerce n'est pas menacée du fait de son déplacement. En revanche, lorsque la clientèle dépend exclusivement de l'emplacement du fonds, il est possible de constater à la suite du déplacement une disparition totale de la clientèle, et par voie de conséquence une disparition du fonds, entraînant elle-même en raison de son caractère accessoire, l'extinction de la garantie.

Droits particuliers du créancier nanti. Pour faire face aux risques liés à ces droits accordés au constituant de la garantie, certaines mesures de protection du créancier nanti ont été aménagées. Cette protection peut tout d'abord être relative au danger que pourrait représenter la possibilité qu'a le constituant du nantissement de déplacer son fonds de commerce. Un tel acte pourrait, outre les risques de fraude, avoir pour effet d'entraîner une baisse de la valeur du fonds.

Obligation d'information préalable à tout déplacement de fonds. Le Législateur OHADA, afin de préserver les droits du créancier nanti, soumet le constituant de la garantie à une obligation d'information au profit de celui-ci. Le créancier nanti doit être informé au plus tard quinze jours avant le déplacement du fonds, des intentions du constituant. Cette information s'effectue par acte extrajudiciaire et doit indiquer le nouvel emplacement du fonds³⁸¹.

³⁸¹ Article 175 alinéa 1^{er} de l'AUS : « En cas de déplacement du fonds, le propriétaire doit, quinze jours au moins à l'avance, notifier aux créanciers inscrits, par acte extrajudiciaire, son intention de déplacer le fonds en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend lui fixer ».

En l'absence de notification régulière, la sanction prévue au second alinéa de l'article 175 de l'AUS est la déchéance du terme dont bénéficie le débiteur. La mise en œuvre d'une telle sanction permettrait au créancier de réclamer immédiatement l'exécution de l'obligation garantie, et si nécessaire de mettre en œuvre les mesures d'exécution forcée autorisées.

En cas de notification régulière, le créancier nanti a la possibilité de délivrer son consentement au déplacement du fonds ou de manifester son opposition. Dans l'hypothèse où le créancier nanti consentirait au déplacement du fonds, il serait contraint, si l'on s'en tient au quatrième alinéa de l'article 175 de l'AUS, pour pouvoir conserver sa garantie, de mentionner son accord en marge de l'inscription initiale dans un délai de quinze jours suivant la réception de la notification du déplacement³⁸².

La sanction de la perte de garantie à laquelle le créancier nanti semble faire face en l'absence de mention de son accord dans les délais apparaît cependant comme étant excessive. L'objectif de cette mention à la marge réside sans doute dans la volonté d'assurer la protection des tiers, potentiels créanciers postérieurs au déplacement du fonds de commerce, souhaitant avoir un juste aperçu des garanties grevant le fonds avant tout engagement avec le constituant de la garantie. Une autre sanction, garantissant tout autant les intérêts des créanciers postérieurs au déplacement du fonds, et paraissant mieux proportionnée au regard du comportement répréhensible, pourrait se révéler être une excellente alternative : celle de l'inopposabilité du nantissement du fonds de commerce. Toutefois, cette inopposabilité ne saurait être absolue. Elle pourrait en effet être réactivée à la suite de l'exécution de la formalité requise, mais ne serait dans ce cas efficace qu'à l'égard des créanciers postérieurs à la mention effective de l'accord au RCCM.

Dans l'hypothèse où le créancier nanti refuserait de consentir au déplacement du fonds de commerce, il lui serait possible de demander, dans un délai de quinze jours suivant la notification du déplacement, la déchéance du terme associé à l'obligation du débiteur, mais seulement s'il est constaté un risque de diminution de sa garantie.³⁸³ Ceci implique qu'en l'absence de risque de perte de valeur du fonds de commerce, le créancier nanti n'a aucune possibilité de s'opposer efficacement au déplacement. Le Législateur OHADA n'indique pas quel est le sort du créancier contestataire dont l'opposition s'est avérée infructueuse en raison

³⁸² Article 175 alinéa 4 de l'AUS : « Le créancier inscrit qui a consenti au déplacement conserve sa sûreté s'il fait mentionner son accord, dans le même délai, en marge de l'inscription initiale ».

³⁸³ Article 175 alinéa 3 de l'AUS : « Le créancier inscrit qui refuse de consentir au déplacement peut, dans le délai de quinze jours suivant la notification, demander la déchéance du terme s'il y a diminution de sa sûreté ».

de la non-reconnaissance de l'existence d'un risque de baisse de valeur du fonds du fait du déplacement. Le temps pendant lequel dure la procédure engagée du fait de sa contestation ne devrait pas être source de préjudice pour le créancier nanti. Il pourrait ici également se voir reconnaître le droit d'opposer sa garantie à l'égard de tous. Pour préserver les intérêts des créanciers postérieurs, la publicité de la contestation du créancier nanti devrait être garantie.

Par ailleurs, le Législateur OHADA ne fait aucune mention de la situation du créancier nanti ne manifestant aucune réaction à la notification du projet de déplacement du fonds de commerce. Cette absence de réaction pourrait être interprétée soit comme un consentement, soit comme une opposition au déplacement du fonds. Pour aller dans le sens de la prise en compte des intérêts de potentiels créanciers postérieurs du constituant de la garantie, il serait judicieux d'inciter le créancier nanti à réagir, en associant à son silence les effets du consentement. Ce qui se traduirait par l'inopposabilité de la garantie aux créanciers postérieurs au déplacement du fonds, de la garantie du créancier nanti resté passif.

Lorsque le fonds de commerce nanti est transféré dans un autre Etat-Membre de l'OHADA, le créancier nanti est invité à effectuer une formalité supplémentaire : il peut demander le report de l'inscription initiale sur le RCCM du lieu où a été transféré le fonds³⁸⁴. Un tel transfert se traduit quasi-inévitablement par une perte partielle, sinon totale de la clientèle. Ainsi, la manifestation à cette occasion, par le créancier nanti, de son opposition au déplacement du fonds, devrait aboutir à la déchéance du terme de sa créance, et permettre l'engagement d'une procédure de recouvrement à l'encontre du débiteur, en l'absence de paiement.

Par ailleurs, dans l'hypothèse particulière de la perte totale de clientèle consécutive au déplacement du fonds, il peut être curieux de constater la survie du nantissement en cas d'acceptation du créancier nanti, manifestée notamment par le report de l'inscription initiale sur le RCCM associé au nouveau lieu d'installation. Cette survie du nantissement pourrait être interprétée comme la conséquence de la résurrection du fonds déplacé dans le cadre d'un processus proche de la novation. Le fonds ancien s'éteint, le nouveau fonds de commerce naît au moment même où la clientèle est reconstituée, avec les mêmes caractéristiques que le précédent.

³⁸⁴ Article 175 alinéa 5 de l'AUS : « Si le fonds est transféré dans un autre Etat Partie, l'inscription initiale, à la demande du créancier inscrit, est reportée sur le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier où est transféré le fonds ».

Protection contre le risque de perte de l'emplacement du fonds. Le créancier nanti est également protégé de la perte de valeur de l'objet de sa garantie, liée à un autre risque de perte de l'emplacement du fonds : celle qui serait consécutive à la résiliation du bail commercial. En effet, lorsque le propriétaire du local dans lequel est exploité le fonds fait face à la défaillance du locataire, il est tenu, s'il souhaite obtenir la résiliation du bail, de notifier par acte extrajudiciaire sa demande aux créanciers nantis³⁸⁵. Seuls peuvent exiger du bailleur un tel devoir de notification, les créanciers nantis ayant informé le bailleur de leur inscription³⁸⁶. Ceux-ci disposent de deux mois à la suite de cette notification³⁸⁷ pour empêcher la résiliation, en assurant notamment la satisfaction partielle ou totale du bailleur par le paiement de tout ou partie des arriérés de loyers.

Droits classiques du créancier nanti. Dans une autre mesure, le nantissement du fonds de commerce a pour effet de conférer au créancier nanti un droit de préférence et un droit de suite. Le droit de suite, nous le rappelons, permet au créancier de suivre le bien sur lequel porte la garantie en quelque main qu'il passe pour exercer ses droits, notamment en cas de défaillance du débiteur, celui de saisir le bien, de le vendre, et de se faire payer sur le prix. Il doit s'exercer, si nous nous référons au texte de l'article 178 de l'AUS « conformément aux dispositions de l'article 97 alinéa 2 » de l'AUS. Ce qui implique qu'une fois le nantissement du fonds de commerce publié, pèse à l'égard des tiers une présomption irréfragable de connaissance de son existence. Ainsi les éventuels acquéreurs du fonds de commerce postérieurs à la publication du nantissement, ne peuvent opposer leur ignorance effective de l'existence du nantissement pour faire échec à sa réalisation sur le fondement de la possession de bonne foi.

Concernant le droit de préférence, permettant au créancier, en cas de réalisation du fonds de commerce, de se faire payer en priorité par rapport aux autres créanciers, notamment chirographaires, l'article 178 in fine de l'AUS indique qu'il s'exerce « conformément aux dispositions de l'article 226 » de l'AUS. Ce qui signifie que le créancier nanti bénéficie du

³⁸⁵ Article 176 alinéa 1^{er} de l'AUS : « Le bailleur qui entend poursuivre la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscription doit notifier sa demande aux créanciers par acte extrajudiciaire ».

³⁸⁶ Article 172 de l'AUS : « Le bailleur de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds doit recevoir notification du bordereau d'inscription ou de la modification de l'inscription initiale. A défaut, le créancier nanti ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 176 du présent Acte uniforme ».

³⁸⁷ Article 176 alinéa 2 de l'AUS : « La décision judiciaire de résiliation ne peut intervenir, ni la résiliation amiable ou en vertu d'une clause résolutoire de plein droit produire effet, qu'après l'expiration du délai de deux mois suivant la notification ».

quatrième rang dans l'ordre de classement des catégories de créanciers appelés à participer à la distribution des fonds provenant de la réalisation du fonds de commerce.

II- Garanties réelles immobilières

Éléments identifiés. Des mesures relatives à l'unique garantie immobilière que l'on retrouve au sein de l'AUS, nous pouvons évoquer comme éléments défavorables à son efficacité, d'une part les lourdeurs liées à la constitution de l'hypothèque forcée légale (A), et d'autre part, les incertitudes liées au sort d'hypothèques constituées sur des immeubles indivis (B).

A- Lourdeurs liées à la constitution d'hypothèques forcées légales

Décision judiciaire préalable. Le Législateur OHADA, nous le rappelons, accorde à l'article 211 de l'AUS, au vendeur, échangiste ou copartageant d'un immeuble, au prêteur de deniers pour l'achat d'un immeuble, le droit de bénéficier d'une hypothèque forcée légale sur ce bien. En outre, au titre de l'article 212 de l'AUS, il accorde le même droit à l'architecte, entrepreneur et toute autre personne employée pour édifier, réparer ou reconstruire un bâtiment, sur l'immeuble faisant l'objet des travaux.

Cependant, nous pouvons effectuer le constat selon lequel une telle hypothèque forcée légale ne peut être effectivement reconnue à celui qui souhaite s'en prévaloir qu'à la condition qu'il saisisse les tribunaux. Ce n'est en effet qu'à la suite d'une décision judiciaire, que les personnes légalement désignées bénéficiaires d'une hypothèque forcée légale sont en mesure de publier régulièrement leurs droits, et par conséquent de les opposer aux tiers.

Limites relatives à l'assiette. Par ailleurs, concernant l'assiette de l'hypothèque forcée légale, il nous paraît utile de noter qu'elle est assez restreinte, puisque circonscrite aux immeubles ayant un lien de connexité avec la créance. Car, sur le fondement du premier alinéa de l'article 211 de l'AUS, l'hypothèque forcée légale du vendeur ne peut porter que sur l'immeuble dont la vente a fait naître la créance ; celle de l'échangiste ne peut porter que sur l'immeuble échangé pour garantir la soulte de l'échange ; celle reconnue au copartageant ne peut porter que sur l'immeuble partagé pour la garantie de créances résultant du partage.

De même, l'hypothèque forcée légale bénéficiant au prêteur de deniers ne peut, au regard du second alinéa de l'article 211 de l'AUS, porter que sur l'immeuble acquis avec les fonds

fournis. Il est d'ailleurs exigé à travers ce texte, que l'acte d'emprunt, dressé sous la forme authentique, indique précisément que les sommes fournies sont destinées à l'acquisition d'un immeuble, et que le créancier payé délivre une quittance certifiant que les fonds empruntés ont servi à le désintéresser. Pour ce qui concerne l'hypothèque forcée légale accordée aux architectes, aux entrepreneurs et à toute personne employée pour édifier, réparer ou reconstruire un bâtiment, seul l'immeuble ayant fait l'objet des travaux est susceptible, selon le premier alinéa de l'article 212 de l'AUS, d'en constituer l'assiette.

Mises en perspective par rapport aux particularités de l'hypothèque légale instituée par le Législateur français, les modalités de constitution de l'hypothèque forcée légale paraissent assez peu favorables aux créanciers. En effet, en droit français, « le créancier bénéficiaire d'une hypothèque légale peut inscrire son droit sur tous les immeubles appartenant actuellement à son débiteur »³⁸⁸. Ainsi, le créancier a déjà ici l'avantage de disposer d'une assiette bien plus large qu'en matière de droit OHADA. De plus, l'hypothèque légale accordée en droit français bénéficie de plein droit au créancier. Il n'est donc pas nécessaire, contrairement à ce qui est exigé en droit OHADA, d'obtenir une décision judiciaire pour pouvoir effectuer les formalités de publicité indispensables à l'opposabilité aux tiers des droits du créancier hypothécaire.

B- Incertitude liée au sort d'hypothèques sur biens indivis

Notion. L'indivision est la situation juridique d'un bien ou d'un ensemble de biens sur lequel plusieurs personnes disposent de droits de même nature sans que ne soit matérialisée la quote-part de chacun.

La situation d'indivision la plus communément observée est celle de la détention concurrente sur un même bien de prérogatives relevant du droit de propriété. Mais il est également possible de constater une situation d'indivision sur la nue-propriété, ou encore sur l'usufruit d'un bien.

Sources de l'indivision. L'indivision peut être le fruit d'une convention. Elle est souvent le résultat de l'achat en commun d'un bien. Mais généralement, elle résulte de l'application d'une disposition législative. C'est notamment le cas, si l'on s'inspire du droit français, en matière de succession, puisqu'en l'absence de convention contraire, les héritiers recueillent les biens du légataire en indivision jusqu'à ce qu'au moment de leur partage.

³⁸⁸ Article 2401 du Code Civil français.

Sort de l'hypothèque portant sur un bien indivis. L'hypothèque peut être constituée sur un bien immobilier appartenant de manière indivise à plusieurs personnes. Elle peut également simplement être constituée sur la quote-part indivise d'un immeuble ou d'un ensemble d'immeubles. Le Législateur OHADA admet la validité de telles hypothèques, mais conditionne leur efficacité³⁸⁹.

Immeuble en indivision. Concernant l'hypothèque constituée sur un immeuble en indivision, l'AUS, au second alinéa de son article 194, distingue deux cas de figure : l'hypothèque peut soit être constituée par l'ensemble des indivisaires, soit être constituée par l'un ou une partie des indivisaires.

Lorsque l'hypothèque est constituée par l'ensemble des indivisaires, elle est totalement efficace, car ses effets sont les mêmes que ceux d'une hypothèque consentie par le propriétaire unique d'un immeuble.

Lorsque l'hypothèque est constituée sur l'immeuble par un seul ou une partie seulement des indivisaires, son efficacité est tributaire du résultat du partage. En effet, l'hypothèque sera frappée de caducité si à l'occasion du partage l'immeuble hypothéqué est attribué à un autre que le constituant ou l'un des constituants de la garantie. L'hypothèque pourra cependant conserver son efficacité dans deux hypothèses : celle où le constituant de l'hypothèque ou l'un d'eux recueille l'immeuble à l'issue du partage ; et celle où l'immeuble indivis hypothéqué est cédé à un tiers, et le prix de la licitation est alloué à l'indivisaire ou à l'un des indivisaires constituants. Dans ce dernier cas, l'hypothèque est reportée, par un effet de subrogation réelle sur le prix de cession de l'immeuble.

Quote-part indivise. Concernant l'hypothèque constituée sur une quote-part indivise, l'article 194 de l'AUS en son troisième alinéa distingue deux situations : celle qui résulte de l'attribution de l'immeuble ou de l'ensemble d'immeubles dont la quote-part fait l'objet de l'hypothèque à l'un des indivisaires, et celle qui résulte de la cession à un tiers de l'immeuble ou de l'ensemble d'immeubles.

Lorsque la propriété de l'immeuble revient à l'un des indivisaires, l'hypothèque ne produit d'effet que dans l'hypothèse où celui qui recueille l'immeuble est le constituant de la garantie. Il est également possible d'admettre l'efficacité de l'hypothèque dans l'hypothèse où le constituant recueille au moins un immeuble parmi l'ensemble d'immeubles dont la quote-part

³⁸⁹ Les solutions développées à l'article 194 de l'AUS sont une reproduction quasi-identique de l'article 2414 du Code Civil français.

a fait l'objet de la garantie. Dans ces deux cas, l'hypothèque se reporte sur l'ensemble de l'immeuble et produit ses effets classiques.

Lorsque l'immeuble ou les immeubles sont cédés à un tiers, l'hypothèque se reporte sur le prix, mais seulement si l'indivisaire constituant en est alloti totalement ou partiellement.

Toutes ces incertitudes quant à l'efficacité d'hypothèques portant sur des immeubles en indivision rendent assez peu attractives de telles garanties.

III- Privilèges

Compétence partagée quant à la création des privilèges. Les privilèges, garanties bénéficiant à certains types de créanciers en raison de la nature de leur créance, sont généralement la manifestation de la volonté du Législateur d'améliorer la protection des intérêts de certaines catégories de personnes physiques ou morales. Leur création est donc souvent dépendante des valeurs mises en avant dans les sociétés dans lesquelles elles s'appliquent.

Or, le Droit OHADA étend son champ d'application territorial sur dix-sept Etats différents, ne partageant pas forcément des échelles de valeurs identiques. En vue de tenir compte de l'éventualité de telles disparités, le Législateur OHADA a, en plus des différents privilèges généraux et spéciaux que l'on retrouve au sein de l'AUS, envisagé la possibilité que les législateurs nationaux, et même d'autres institutions supranationales, créent de nouveaux privilèges généraux³⁹⁰.

Classement des privilèges prévus en dehors du droit OHADA. Ces privilèges sont normalement des garanties occultes, car non soumises à publicité. La seule exigence requise par le Législateur OHADA à l'encontre des législateurs nationaux ou d'autres organisations supranationales, est relative à la précision du rang qu'ils accordent à chaque privilège créé, en cas de conflit avec d'autres privilèges généraux.

Le Droit OHADA, à l'article 180 de l'AUS, établit l'ordre dans lequel doivent être désintéressés les créanciers bénéficiaires de privilèges généraux sans publicité lorsqu'ils sont en concurrence. En l'absence de précision du rang des privilèges généraux occultes créés par les législateurs

³⁹⁰ Article 179 *in fine* de l'AUS : « Les textes spéciaux créant des privilèges généraux doivent préciser le rang de ceux-ci en le déterminant par rapport aux dispositions de l'article 180 du présent Acte uniforme. A défaut, le rang de ces privilèges est le dernier de celui établi par ledit article 180 ».

nationaux et les autres institutions supranationales, leur est automatiquement affecté le dernier rang du classement effectué à l'article 180 de l'AUS.

Cette faculté laissée aux législateurs nationaux pourrait avoir pour effet de multiplier les privilèges généraux occultes, rendant le régime des privilèges moins cohérent, et moins accessible pour les justiciables.

CHAP II : REALISATION DES GARANTIES REELLES

Droits de préférence, droits exclusifs. Les garanties réelles envisagées par l'AUS peuvent se distinguer, nous l'avons vu, du point de vue des effets qu'elles produisent, en deux catégories principales : celles qui confèrent un droit de préférence au créancier qui en bénéficie, et celles qui placent celui-ci dans une situation d'exclusivité. Dans l'aménagement des règles strictement relatives à la réalisation de ces différentes catégories de garanties, le législateur OHADA ne semble pas avoir fait preuve d'un souci identique d'exhaustivité (SECTION II). Nous pouvons néanmoins souligner que ces garanties partagent un certain nombre de caractéristiques (SECTION I).

SECTION I : MESURES DE REALISATION COMMUNES AUX DIFFERENTES GARANTIES REELLES

Premières vues. L'analyse des règles du droit OHADA ayant trait à la réalisation des garanties réelles permet de distinguer des dispositions favorables à l'efficacité de ces mécanismes de garantie, et celles qui y représentent un obstacle. De celles qui sont un atout, nous pouvons principalement retenir la diversité des modes de réalisation offerts au créancier bénéficiaire d'une garantie réelle (§1). De celles qui sont un obstacle, nous pouvons surtout mettre en relief une lacune : l'absence de mesures ayant trait aux prérogatives accordées à toute personne affectant un bien à la garantie du paiement de la dette d'un tiers (§2).

§1- La diversité des modes de réalisation des garanties réelles

Options ouvertes au créancier garanti. Le créancier bénéficiaire d'une garantie réelle dispose tout d'abord, en cas de défaillance du débiteur, de la liberté de poursuivre ou de ne pas poursuivre sa réalisation. Lorsque le choix effectué est celui de la réalisation de la garantie, le

créancier bénéficiaire à la possibilité de choisir entre une attribution en propriété du bien objet de la garantie (I), et la vente de celui-ci (II). Cette faculté laissée au créancier bénéficiaire lui permet d'effectuer le choix le mieux adapté à la situation dans laquelle il se trouve.

I- Attribution en propriété du bien donné en garantie

Notion. L'attribution en propriété consiste à accorder au créancier bénéficiaire, la propriété du bien objet de la garantie à titre de satisfaction, en cas de défaillance du débiteur.

Cette attribution peut avoir, au regard des textes de l'AUS, une origine conventionnelle ou judiciaire. Elle est conventionnelle lorsque les parties prévoient au moment de la conclusion de la convention de garantie, ou au moins antérieurement à la défaillance du débiteur, que dans l'hypothèse où ce dernier viendrait à manquer à ses obligations, le créancier pourrait recueillir la propriété du bien mis en garantie. Elle est judiciaire lorsque le transfert de propriété du bien objet de la garantie réalisé au profit du créancier est le fait d'une décision de justice.

Intérêt. L'attribution en propriété présente pour le créancier garanti l'avantage, outre le caractère limité de la procédure, de le placer dans une situation d'exclusivité en le soustrayant au concours des autres créanciers, qu'ils soient privilégiés ou non. Elle pourrait néanmoins avoir pour inconvénient de faire du créancier le propriétaire d'un bien qui ne lui soit d'aucune utilité. En cas de revente du bien transféré, le créancier n'a pas la garantie d'en obtenir le prix correspondant à sa valeur telle que définie à l'occasion du transfert.

Il est toutefois nécessaire de noter que l'attribution en propriété ne recouvre pas les mêmes caractéristiques lorsqu'elle sert de mode de réalisation de garanties réelles portant sur des sommes d'argent (B) ou lorsqu'elle est un moyen de réaliser les garanties réelles constituées sur les autres types de biens (A).

A- Attribution en propriété et garanties portant sur des biens autres que des sommes d'argent

Plan. Sous sa forme classique lorsqu'elle est mise en œuvre dans le cadre de la réalisation des garanties réelles sur biens non monétaires conférant au créancier bénéficiaire un droit de préférence (1), l'attribution en propriété impose quelques particularités et interrogations

lorsqu'elle concerne les garanties réelles plaçant le créancier bénéficiaire dans une situation d'exclusivité (2).

1- Attribution en propriété des garanties réelles préférentielles

Plan. L'attribution en propriété est, en Droit OHADA, une des modalités de réalisation des garanties réelles admises aussi bien en matière mobilière (a) qu'en matière immobilière (b).

a- Attribution en propriété et garanties mobilières

Mode de réalisation commun aux garanties réelles mobilières. Les garanties réelles mobilières, qu'elles aient pour objet des biens corporels ou incorporels, autorisent une réalisation par attribution en propriété du bien faisant l'objet de la garantie au profit du créancier. En effet, il nous est possible de constater qu'en matière de gage tout comme en matière de nantissement, le Législateur OHADA admet la possibilité pour le créancier de réaliser sa garantie en obtenant le transfert à son profit, de la propriété du bien grevé. Cette attribution peut être de nature judiciaire ou conventionnelle.

Attribution judiciaire et gage. L'attribution en propriété d'un bien faisant l'objet d'un gage peut avoir, au regard du texte du second alinéa de l'article 104 de l'AUS, une source judiciaire. Celui-ci dispose en effet que « le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien gagé lui sera attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert ». En l'absence de restriction, la réalisation par attribution judiciaire peut bénéficier autant au créancier gagiste avec dépossession qu'au créancier gagiste sans dépossession³⁹¹. De même, l'AUS n'opérant aucune distinction entre les créanciers gagistes selon le rang qu'ils occupent, une attribution judiciaire peut être prononcée au profit d'un créancier gagiste qui en fait la demande, même en présence d'autres créanciers bénéficiant de garanties de meilleur rang sur le même bien.

³⁹¹ La possibilité donnée au créancier gagiste de bénéficier d'un transfert du bien gagé à titre de paiement se traduit par des contraintes différentes selon que le gage a été constitué avec dépossession ou sans dépossession. En effet, tandis que le créancier gagiste possesseur peut se contenter de la décision judiciaire de transfert de propriété pour exercer les prérogatives résultant de sa qualité de propriétaire, le créancier gagiste non possesseur pourrait être contraint, en l'absence de collaboration de la part du constituant, d'exercer une action en revendication.

La réalisation du gage par attribution judiciaire a pour préalable le constat de la défaillance du débiteur. Ceci implique que la créance garantie soit arrivée à échéance. L'effectivité de cette défaillance est contrôlée par la juridiction saisie pour se prononcer sur l'attribution en propriété. De même, la régularité du gage, sur le fond et sur la forme, est appréciée. Dans l'hypothèse où l'analyse des conditions préalables à la réalisation du gage par attribution judiciaire connaît une issue favorable au créancier, le Législateur OHADA ne précise pas si la juridiction saisie est tenue de prononcer le transfert de propriété du bien, ou s'il lui appartient d'en apprécier l'opportunité. Permettre au juge de décider de l'opportunité de la réalisation de la garantie par attribution judiciaire équivaldrait à associer une certaine incertitude à ce mode de réalisation, et limiterait sans doute son attractivité. Il serait par conséquent favorable pour le créancier bénéficiaire de la garantie que la juridiction saisie pour statuer sur la demande d'attribution judiciaire soit tenue de prononcer le transfert de propriété du bien gagé dès lors que les conditions en sont réunies.

Par ailleurs, dans l'optique de se conformer au principe selon lequel la réalisation des garanties ne peut être un moyen d'enrichissement pour les créanciers qui en sont bénéficiaires, le bien gagé doit être évalué. Cette évaluation est fonction, lorsque le bien gagé fait l'objet d'une cotation officielle, des cours actuels. Lorsque ce n'est pas le cas, l'évaluation du bien gagé est effectuée par un expert. L'AUS ne le précise pas, mais la désignation de cet expert devrait vraisemblablement être le fait de la juridiction saisie pour se prononcer sur l'attribution judiciaire. L'évaluation permet de déterminer si le bien gagé a une valeur supérieure, égale ou inférieure au montant de la créance garantie.

Lorsque la valeur du bien gagé est supérieure au solde de la créance garantie, deux possibilités s'offrent au créancier gagiste selon qu'il existe ou non d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien³⁹² : en l'absence de tout autre créancier gagiste sur le même bien, une somme équivalant à la différence constatée est versée au constituant de la garantie. Cependant, lorsqu'on note la présence d'autres créanciers gagistes sur le même bien, le créancier bénéficiant de l'attribution judiciaire est tenu de consigner une somme correspondant à la différence constatée. Cette somme servira éventuellement à désintéresser les autres créanciers inscrits. Toutefois, il est fort probable que cette somme ne suffise pas à les satisfaire. Se pose dès lors la question du maintien de leurs garanties sur le bien transféré. Le Législateur n'apporte

³⁹² Article 105 de l'AUS : « En cas d'attribution judiciaire ou conventionnelle, lorsque la valeur du bien excède le montant qui lui est dû, le créancier gagiste doit consigner une somme égale à la différence s'il existe d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien ou, à défaut, verser cette somme au constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

malheureusement aucune précision sur ce point. Il est tout d'abord notable qu'une attribution judiciaire serait difficilement efficace pour un gage sans dépossession, en présence d'un autre gage avec dépossession sur le même bien, en raison notamment du droit de rétention dont dispose le créancier qui en est bénéficiaire. Dans les autres cas, le droit de suite attaché aux gages régulièrement publiés devrait permettre, en l'absence d'extinction de leurs garanties, aux autres créanciers gagistes de conserver la possibilité de saisir le bien gagé, dès lors entre les mains du bénéficiaire de l'attribution judiciaire, de le faire vendre, et se faire payer sur le prix. L'existence de plusieurs garanties sur un même bien mobilier corporel rend par conséquent assez peu intéressante la réalisation par attribution judiciaire d'un gage.

Lorsque la valeur du bien gagé est inférieure au solde de la créance garantie, le créancier gagiste conserve la partie de la créance pour laquelle il n'a pas été satisfait, mais seulement à titre chirographaire. La situation rare dans laquelle le solde de la créance garantie serait équivalent à la valeur du bien gagée permettrait simplement à l'attribution judiciaire d'éteindre la créance sans faire naître d'obligation pour le créancier gagiste.

Attribution conventionnelle et gage. L'attribution en propriété d'un bien faisant l'objet d'un gage peut aussi avoir une source conventionnelle. Egaleme nt désigné sous le terme de pacte com missoire, l'attribution conventionnelle repose sur l'insertion, dans la convention de garantie, d'une clause accordant au créancier bénéficiaire, la faculté de s'attribuer de plein droit la propriété du bien grevé en cas de défaillance du débiteur. Elle est reconnue en Droit OHADA à tout créancier gagiste³⁹³, que sa garantie greève seule le bien dont le transfert de propriété est demandé, ou qu'il soit en concurrence avec d'autres créanciers gagistes inscrits sur le même bien ; que le gage dont il dispose ait été accordé avec ou sans dépossession. Cependant, le Législateur OHADA limite sensiblement le domaine d'application de l'attribution conventionnelle.

En effet, selon que la valeur du bien gagé fait l'objet d'une cotation officielle ou non, les conditions de validité du pacte com missoire sont plus ou moins restrictives. Lorsque la valeur du bien gagé fait l'objet d'une cotation officielle, aucune limitation particulière du domaine de l'attribution ne mérite d'être soulignée. Cependant, concernant les biens corporels non cotés, l'attribution conventionnelle n'est envisageable que si le débiteur de l'obligation garantie est

³⁹³ Article 104 alinéa 3 de l'AUS : « Si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. En ce cas, le bien gagé doit être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite ».

un débiteur professionnel, c'est-à-dire ayant contracté sa dette dans le cadre de l'exercice de son activité professionnelle. Dans ce second cas, les parties sont contraintes, en se référant au moment du transfert du bien gagé, de faire évaluer le bien par un expert. La désignation de ce dernier intervient soit amiablement, soit judiciairement.

Pour que le transfert de propriété puisse être effectif, il suffit normalement que soit constatée la défaillance du débiteur. Il est néanmoins tout à fait envisageable que les parties aménagent un certain nombre de conditions supplémentaires préalables à ce transfert. Il est également possible de reconnaître au créancier gagiste le droit de renoncer à l'avantage dont il bénéficie au titre de la convention de gage, consistant à se prévaloir de la défaillance du débiteur pour obtenir le transfert de propriété. Le créancier gagiste bénéficiaire d'un pacte comissoire conserve donc la faculté de poursuivre la réalisation de sa garantie, ou d'obtenir simplement satisfaction en usant des autres voies ouvertes par le Droit OHADA.

Lorsque le créancier gagiste met en œuvre le pacte comissoire, il est tenu, conformément au texte de l'article 105 de l'AUS, dans l'hypothèse où la valeur du bien transféré est supérieure au montant de la créance garantie, de consigner une somme correspondant à la différence constatée en présence d'autres créanciers bénéficiant d'un gage sur le même bien, ou de verser cette somme au constituant. Dans l'hypothèse probable où la somme consignée ne suffirait pas à satisfaire les autres créanciers gagistes inscrits, les garanties de ces derniers survivraient au transfert, et en application du droit de suite qui leur est reconnu, ils seraient en mesure de saisir le bien transféré entre les mains du créancier bénéficiaire du transfert, de le faire vendre, et de se faire payer sur le prix.

Dans l'hypothèse où la valeur du bien transféré est inférieure au montant de la créance garantie, le créancier conserve la partie de sa créance non couverte, mais seulement à titre chirographaire.

Attribution en propriété et nantissements. L'AUS organise le régime du nantissement de plusieurs types de biens meubles incorporels autres que des sommes d'argent. Nous pouvons notamment citer le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, le nantissement des comptes de titres financiers, le nantissement des droits de propriété intellectuelle, et le nantissement de fonds de commerce³⁹⁴.

³⁹⁴ L'AUS reconnaît en son article 177, nous le verrons précisément plus loin, la possibilité de réaliser le nantissement d'un fonds de commerce par le biais d'une vente forcée. Le Législateur OHADA n'indique cependant rien concernant le mode de réalisation par attribution en propriété qu'il semble omettre volontairement. Cette omission devrait être analysée comme une exclusion à la fois de l'attribution conventionnelle et de l'attribution judiciaire, des modalités de réalisation du nantissement de fonds de

A l'exception du nantissement de fonds de commerce, toutes ces formes de nantissements autorisent une réalisation par attribution en propriété en cas de défaillance du débiteur. Si les règles relatives à la réalisation par attribution en propriété peuvent être regardées comme étant classiques en matière de nantissement de droits de propriété intellectuelle et de nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, elles affichent quelques particularités en matière de nantissement de comptes de titres financiers.

Cas de réalisation classique. Concernant le nantissement des droits de propriété intellectuelle, il ressort du texte de l'article 161 de l'AUS que, le créancier nanti bénéficie d'« un droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 » de l'AUS. Le Législateur OHADA, par ce renvoi, soumet le nantissement des droits de propriété intellectuelle aux mêmes règles qu'en matière de gage. Il admet donc que le créancier nanti puisse réaliser sa garantie par le biais de l'attribution judiciaire ou de l'attribution conventionnelle.

Il en est de même concernant le nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières. En effet, l'article 144 de l'AUS indique que le créancier qui en est bénéficiaire se voit garantir « un droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 » de l'AUS.

Pour ces deux types de nantissements, le créancier nanti souhaitant solliciter une attribution judiciaire, se doit d'établir au préalable la défaillance du débiteur de la créance garantie. Il doit ensuite solliciter la juridiction compétente pour faire ordonner que le bien lui soit attribué à titre de paiement de sa créance. La juridiction saisie vérifie que les conditions de validité du nantissement sont réunies, et constate la défaillance du débiteur.

Conformément à ce que nous avons indiqué concernant le gage, la réunion de ces conditions devrait lier la juridiction saisie quant au prononcé du transfert de propriété du bien grevé au profit du créancier nanti. Cette juridiction a également la charge, de désigner un expert dont la mission est d'estimer la valeur des droits de propriété intellectuelle, des droits d'associés ou des

commerce. Le Droit OHADA s'alignerait ainsi sur le Droit français qui prévoit au second alinéa de l'article L 142-1 du Code de commerce que : « Le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence ». Cette restriction des modalités de réalisation semble être liée à la nature du fonds de commerce, qui n'existe et ne survit que du fait de son exploitation. Or, le créancier nanti, généralement un établissement de crédit, a difficilement l'intention, et donc la motivation, ou même les compétences nécessaires pour exploiter le fonds de commerce grevé. Par conséquent, une attribution en propriété du fonds de commerce s'avérerait contre-productive. En outre, l'admission de l'attribution en propriété en tant que mode de réalisation du nantissement de fonds de commerce conduirait au contournement des règles relatives au droit des entreprises en difficulté.

valeurs mobilières nanties. La désignation d'un expert n'est toutefois pas nécessaire dès lors que le bien nanti fait l'objet d'une cotation officielle. Sont notamment concernées ici les valeurs mobilières.

Lorsque la valeur des droits de propriété intellectuelle, des droits d'associés, ou des valeurs mobilières dont la propriété est transférée est supérieure au solde de la créance garantie, le créancier est tenu de consigner une somme correspondant à la différence constatée en présence d'autres créanciers nantis sur le même bien. En l'absence de tout autre nantissement sur le bien dont la propriété est transférée, la somme est versée au constituant.

Lorsque la valeur du bien dont la propriété est transférée est inférieure au montant de la créance garantie, le bénéficiaire demeure créancier pour le solde, mais uniquement à titre chirographaire.

Par ailleurs, le créancier bénéficiaire d'un nantissement de droits de propriété intellectuelle ou d'un nantissement de droits d'associés ou de valeurs mobilières peut également recevoir, à titre de paiement, la propriété du bien nanti, sur le fondement d'un pacte comissoire. Rappelons, ainsi que nous l'avons indiqué à propos du gage, que la validité de ce pacte comissoire ne pose aucune difficulté lorsque la valeur du bien nanti fait l'objet d'une cotation officielle. Sont principalement concernées les valeurs mobilières. Concernant les autres biens, notamment les droits de propriété intellectuelle, les droits d'associés, et les valeurs mobilières ne faisant pas l'objet d'une cotation officielle, le pacte comissoire ne peut être valable que si le débiteur de la créance garantie est un débiteur professionnel.

En cas de mise en œuvre du pacte comissoire, les parties désignent un expert, ou en font désigner un judiciairement, pour estimer la valeur des droits de propriété intellectuelle, des droits d'associés, ou valeurs mobilières non soumises à cotation faisant l'objet du nantissement. Lorsque la valeur du bien nanti est supérieure au montant de la créance garantie, le créancier est également ici tenu de consigner une somme correspondant à la différence constatée dès lors que sont inscrits d'autres créanciers nantis sur le même bien. En l'absence de tout autre nantissement grevant le bien, la somme est versée au constituant.

Cas de réalisation particulier. Concernant le nantissement d'un compte de titres financiers, la réalisation n'est admise que si le créancier justifie d'une créance certaine, liquide et exigible³⁹⁵.

³⁹⁵ Article 152 de l'AUS : « Le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers ainsi que pour les sommes en toute monnaie figurant sur le compte nanti, réaliser le nantissement huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte

Celui-ci est ensuite soumis à un formalisme assez strict. En effet, le créancier nanti qui souhaite ici réaliser sa garantie est au préalable tenu d'effectuer une mise en demeure qu'il remet en mains propres au débiteur, ou qu'il lui adresse par courrier recommandé. Cette mise en demeure doit, à titre de validité, reproduire intégralement certaines mentions prévues à l'article 153 de l'AUS. Le créancier nanti doit y mentionner d'une part que « faute de paiement, le nantissement pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte nanti » ; et d'autre part que « le titulaire du compte nanti peut, jusqu'à l'expiration du délai mentionné ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou titres financiers devront être attribués en pleine propriété ou vendus, au choix du créancier ».

Lorsque le nantissement du compte de titres financiers a été constitué pour garantir la dette d'un tiers, le créancier nanti doit notifier la mise en demeure du débiteur au constituant. De même, lorsque le créancier nanti n'est pas le teneur de compte, le premier doit s'assurer de l'information du second, en lui notifiant la mise en demeure du débiteur.

Suite à la mise en demeure du débiteur, le créancier est tenu de respecter un délai de huit jours avant de pouvoir réaliser sa garantie. Les parties disposent toutefois de la possibilité d'aménager un délai à observer plus long entre la mise en demeure et le moment où le créancier aura la possibilité de réaliser le nantissement.

Selon que les titres financiers figurant dans le compte faisant l'objet du nantissement sont cotés ou non, nous pouvons observer des processus de réalisation concrète différents. Le Législateur OHADA décrit spécifiquement comment se décline la réalisation d'un compte de titres financiers lorsque les titres figurant dans le compte sont admis aux négociations sur un marché réglementé, mais ne donne pas d'indication pour ce qui concerne les titres financiers non cotés.

Réalisation concrète des titres cotés. Lorsque les titres financiers compris dans le compte nanti sont admis aux négociations sur un marché réglementé, le Législateur OHADA envisage expressément une possibilité de réalisation par attribution en propriété.

En effet, sur le fondement de l'article 154 de l'AUS, le créancier bénéficiaire d'un nantissement de compte de titres financiers a la possibilité de poursuivre la réalisation des titres cotés au moyen de l'attribution en propriété d'une quantité de titres financiers qu'il détermine, dans le

après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti ».

respect d'un ordre établi par le titulaire du compte nanti, en fonction de la valeur à laquelle celles-ci correspondent, et dans la limite du montant correspondant à sa créance garantie. Cette valeur est définie « sur la base du dernier cours de clôture disponible ».

Le transfert semble s'effectuer ici sans qu'il ne soit nécessaire de saisir un juge pour qu'il le prononce, ni qu'on fasse intervenir un expert pour effectuer l'évaluation des biens transférés. D'une part, les titres transférés étant cotés, leur juste évaluation ne nécessite pas la présence d'un expert. D'autre part, le caractère essentiellement patrimonial associé aux titres financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, la qualité des parties, celles-ci n'étant généralement pas des profanes, l'exigence de rapidité caractéristique du monde des affaires, la rigueur du formalisme imposé au créancier souhaitant réaliser sa garantie, justifient que l'intervention d'un juge ne soit pas imposé dans le cadre du processus de réalisation. Ce qui ne prive pas le débiteur ou le constituant de la possibilité de saisir le juge postérieurement à la réalisation de la garantie pour vérifier que les conditions requises étaient bien réunies.

Concrètement, le créancier nanti, lorsqu'il est également le teneur de compte, effectue l'attribution des titres pour son propre compte. Lorsque le teneur de compte est un tiers, il lui appartient de procéder à l'attribution en propriété sur demande écrite du créancier nanti, au profit de ce dernier³⁹⁶.

Réalisation concrète des titres non cotés. Pour ce qui est relatif aux titres financiers non cotés présents sur un compte faisant l'objet d'un nantissement, l'absence de règles spéciales de réalisation devrait nous obliger à nous appuyer sur les règles de réalisation de droit commun.

Nous avons constaté qu'en matière de nantissement tout comme en matière de gage, l'attribution en propriété était largement admise. Nous avons également plus précisément noté que le nantissement de valeurs mobilières, dont l'objet se rapproche le plus de celui du nantissement du compte de titres financiers, que ces valeurs mobilières soient cotées ou non cotées, pouvait se réaliser par le biais d'une attribution en propriété conventionnelle ou judiciaire. Il n'y aurait aucun obstacle à ce que cette attribution en propriété soit étendue aux modalités de réalisation des titres financiers non cotés inclus dans un compte nanti. En raison de l'inclusion de ces titres dans un compte, quelques aménagements pourraient cependant être nécessaires à la définition précise des caractéristiques à associer à ce transfert de propriété.

³⁹⁶ Article 155 de l'AUS : « Lorsque, n'étant pas teneur du compte nanti, le créancier nanti estime réunies les conditions de la réalisation du nantissement, il demande par écrit au teneur de compte de procéder à cette réalisation comme prévue à l'article 154 ».

Ainsi, après que le créancier nanti ait satisfait aux exigences de mise en demeure du débiteur, il devrait être tenu d'attendre que s'écoule un délai équivalant au moins à huit jours avant d'engager la réalisation concrète du nantissement.

Ensuite, similairement à ce que nous avons indiqué concernant aussi bien le gage, que le nantissement de droits de propriété intellectuelle, ou encore le nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, le créancier devrait solliciter la juridiction compétente pour qu'elle prononce une attribution en propriété des titres non cotés figurant sur le compte nanti. Ladite juridiction devrait vérifier que les conditions indispensables à la réalisation du nantissement sont réunies. C'est-à-dire à la fois les conditions de validité du nantissement, les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité de la créance, et les conditions de régularité de la mise en demeure. Il devrait également déterminer la quantité de titres non cotés dont la propriété serait transférée au créancier nanti en fonction de leur valeur ; celle-ci étant appréciée par un expert désigné judiciairement. Une notification de la décision judiciaire d'attribution en propriété des titres devrait être adressée au teneur de compte, dans l'hypothèse où celui-ci ne serait pas le créancier nanti, pour qu'il procède au transfert.

Il n'est pas non plus interdit aux parties d'envisager une attribution conventionnelle des titres non cotés inscrits sur un compte nanti. Dans ce cas de figure, à l'issue du délai de huit jours suivant la mise en demeure, ou de tout autre délai supérieur convenu entre les parties, le créancier est en mesure d'effectuer l'attribution à son profit lorsqu'il est le teneur de compte. Lorsque le teneur de compte est un tiers, le créancier nanti lui demande par écrit de rendre effectif le transfert de propriété des titres. Les parties se doivent ici de désigner amiablement un expert, ou d'en faire désigner un judiciairement, pour qu'il évalue les titres, et que la valeur de la quantité transférée ne soit pas supérieure à la créance nantie.

b- Attribution en propriété et garantie immobilière

Domaine. Le Droit OHADA admet en matière d'hypothèque également, que le créancier bénéficiaire puisse réaliser sa garantie par attribution en pleine propriété de l'immeuble hypothéqué. Cette attribution en propriété pourrait recouvrir soit la forme judiciaire, soit la forme conventionnelle.

Intégrées au sein des dispositions générales, et donc communes à toutes les formes d'hypothèques, les règles relatives à la réalisation de l'hypothèque par attribution en propriété

s'appliquent autant en matière d'hypothèque conventionnelle, qu'en matière d'hypothèque forcée judiciaire ou d'hypothèque forcée légale.

Réalisation par attribution judiciaire. Au titre du premier alinéa de l'article 198 de l'AUS, le Législateur OHADA valide la possibilité pour un créancier hypothécaire de saisir un juge pour qu'il prononce à son profit, le transfert de propriété de l'immeuble faisant l'objet de sa garantie, à titre de paiement de sa créance. Il y est notamment indiqué que : « A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement ».

En limitant par ce texte la possibilité de solliciter l'attribution judiciaire aux seuls créanciers impayés, le Législateur OHADA exige implicitement que la créance garantie soit exigible, et que la défaillance du débiteur soit constatée. L'AUS n'apporte pas de précisions concernant les éléments pouvant permettre d'établir la défaillance du débiteur. On pourrait admettre qu'une mise en demeure restée sans effet suffise à caractériser cette défaillance³⁹⁷.

En outre, l'AUS pose une limite quant aux types de biens immobiliers pouvant faire l'objet d'une attribution judiciaire. En effet, le second alinéa de l'article 198 de l'AUS prévoit que le créancier hypothécaire ne peut obtenir la réalisation de sa garantie par attribution judiciaire lorsque « l'immeuble constitue la résidence principale du constituant ».

Il semble toutefois utile de relever le fait que, en l'absence de réserve, un créancier hypothécaire soit admis à solliciter une attribution judiciaire qu'il soit en conflit ou non avec d'autres créanciers ayant inscrit leur garantie sur le bien immobilier, peu important que sa garantie soit de premier rang ou non.

La juridiction saisie par le créancier pour se prononcer sur sa demande d'attribution doit apprécier non seulement la régularité de la constitution de l'hypothèque, notamment lorsqu'elle est conventionnelle, mais également sur les conditions propres à l'attribution judiciaire telles que posées par l'article 198 de l'AUS. La réunion de l'ensemble de ces conditions devrait, conformément à ce que nous avons souligné à propos de l'attribution judiciaire en matière de gage et de nantissement, contraindre le juge à prononcer le transfert de propriété du bien immobilier au profit du créancier.

³⁹⁷ P. CROCQ, Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, Editions Lamy, 2012, n° 445.

La décision d'attribution judiciaire est nécessairement accompagnée d'une estimation du bien immobilier. Celle-ci doit être effectuée, au titre du premier alinéa de l'article 200 de l'AUS, par un « expert désigné amiablement ou judiciairement ». Lorsque la valeur du bien immobilier transféré est supérieure au montant de la créance garantie, le créancier bénéficiaire du transfert de propriété doit, en l'absence de tout autre créancier inscrit sur le bien, verser au constituant une somme égale à la différence³⁹⁸. Mais en présence d'autres créanciers inscrits sur le même bien immobilier, le créancier bénéficiaire du transfert est tenu de consigner cette somme. Celle-ci sera alors destinée au désintéressement de ces autres créanciers. Mais il est tout à fait envisageable que cette somme ne suffise pas à leur satisfaction. Se pose donc, ainsi que nous l'avons fait à propos du gage, la question du maintien de ces garanties sur le bien transféré.

En l'absence d'indication contraire, il semblerait que la décision de transfert ne fasse pas disparaître les autres garanties inscrites sur le bien immobilier transféré. En vertu du droit de suite reconnu aux créanciers bénéficiaires de garanties immobilières, les autres créanciers inscrits pourraient être en mesure de saisir le bien immobilier entre les mains du bénéficiaire du transfert, de le faire vendre, et se faire payer sur le prix. On constate donc également en matière d'hypothèque le peu d'intérêt que pourrait avoir la réalisation par attribution judiciaire lorsque plusieurs créanciers peuvent se prévaloir d'une garantie inscrite sur un même bien immobilier.

Réalisation par attribution conventionnelle. Sur le fondement de l'article 199 de l'AUS, nous pouvons nous autoriser à affirmer que le Droit OHADA admet la réalisation par attribution conventionnelle de l'hypothèque. En effet, ce texte, en son premier alinéa prévoit que : « A 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 ».

A travers ce texte, le Législateur OHADA fixe les conditions de validité du pacte commissaire en matière d'hypothèque. La première condition apparente est liée à la qualité du constituant de la garantie. Celle-ci doit être soit une personne morale, quelle qu'elle soit, soit une personne physique commerçante³⁹⁹, ou encore une personne physique exerçant une activité

³⁹⁸ Article 200 al. 2 de l'AUS : « Si la valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

³⁹⁹ Article 59 al. 1er de l'AUDCG : « Toute personne immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est présumée, sauf preuve contraire, avoir la qualité de commerçant au sens du présent Acte uniforme ».

professionnelle non-commerciale, mais que la loi soumet exceptionnellement à l'exigence d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier⁴⁰⁰.

La seconde condition apparente est quant à elle liée à la destination de l'immeuble hypothéqué. Ainsi, le pacte comissoire ne pourra être efficace que si l'immeuble faisant l'objet de la garantie n'est pas à usage d'habitation. Il est ici possible de se demander à quel moment est appréciée la destination de l'immeuble hypothéqué : serait-ce au moment de la conclusion du pacte comissoire ? Ou serait-ce au moment de sa mise en œuvre ? La possibilité qu'a le constituant, en raison de sa qualité de propriétaire, de modifier la destination de l'immeuble hypothéqué postérieurement à la conclusion du pacte comissoire, serait une importante source de fraude et une cause d'inefficacité du pacte comissoire si la destination de l'immeuble était appréciée au moment de la réalisation de la garantie. Par conséquent, et cela semble correspondre assez bien à l'esprit du texte, le bien immobilier hypothéqué ne doit pas être à usage d'habitation au moment où le pacte comissoire est conclu. De même, on pourrait se demander si le bien hypothéqué doit être à usage d'habitation pour le constituant exclusivement pour que le pacte comissoire soit privé d'efficacité, ou si l'identité de celui qui a l'usage du bien hypothéqué n'est en rien déterminante. Le Droit OHADA n'opérant aucune distinction ici, on pourrait conclure à l'indifférence de l'identité de la personne pour laquelle le bien immobilier hypothéqué est à usage d'habitation.

Par ailleurs, le Législateur OHADA organise la mise en œuvre du pacte comissoire en matière d'hypothèque au second alinéa de l'article 199 de l'AUS⁴⁰¹. Celle-ci passe tout d'abord par la délivrance au débiteur d'une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire. Cette mise en demeure suppose bien évidemment que la créance garantie soit arrivée à échéance. En l'absence de réponse favorable de la part du débiteur dans les trente jours suivant la mise en demeure, le transfert de propriété de l'immeuble hypothéqué au profit du créancier est effectif. Dès lors, ce dernier doit le faire constater dans un acte, dont les formes correspondent à celles requises par chaque Etat Membre de l'OHADA en matière de transfert d'immeuble.

Conformément au texte de l'article 200 de l'AUS, le transfert de propriété résultant de la mise en œuvre du pacte comissoire rend nécessaire une évaluation de l'immeuble hypothéqué.

⁴⁰⁰ Article 59 al. 2 de l'AUDCG : « Toutefois, cette présomption ne joue pas à l'égard des personnes physiques non-commerçantes dont l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier résulte d'une disposition légale ».

⁴⁰¹ Article 199 al. 2 de l'AUS : « A l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque Etat Partie en matière de transfert d'immeuble ».

Cette charge est confiée à un expert désigné à l'amiable par les parties, ou judiciairement. Lorsque la valeur du bien immobilier transféré est supérieure au solde de la créance garantie, le créancier bénéficiaire du transfert de propriété est tenu de verser au constituant, à condition que sa garantie soit la seule grevant le bien, une somme équivalant à la différence constatée. L'existence d'autres hypothèques inscrites sur le même bien impose que le créancier bénéficiaire du transfert consigne cette somme. Lorsque la valeur du bien immobilier transféré est inférieure au montant de la créance, celle-ci est éteinte partiellement, à hauteur de la valeur de l'immeuble. Pour le reste de la créance, le créancier ne peut plus la revendiquer qu'à titre chirographaire.

2- Attribution en propriété des garanties réelles exclusives

Domaine limité de l'attribution en propriété. Le Législateur OHADA n'ayant pas organisé de transfert de propriété à titre de garantie de biens autres que des sommes d'argent, et la réalisation de biens sur lesquels les créanciers exercent leur droit de rétention n'étant pas organisée, seules les modalités de réalisation de la réserve de propriété telles que prévues par le Droit OHADA peuvent être analysées dans le cadre défini ici.

Modalités de réalisation de la réserve de propriété. La réserve de propriété, mécanisme de garantie consistant pour le cédant d'un bien à en conserver le titre de propriété jusqu'à l'exécution complète de l'obligation due par le cessionnaire, ne peut techniquement pas se réaliser par le biais d'une attribution en propriété. Le mode de réalisation adapté et normalement envisagé pour ce type de garantie, est la restitution au cédant du bien objet de la garantie. L'article 77 de l'AUS, en son premier alinéa, prévoit d'ailleurs qu'« à défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer ».

Ainsi, le créancier bénéficiaire d'une réserve de propriété, s'il ne réalise pas sa garantie par le biais du transfert à son profit du titre de propriété du bien cédé, car n'ayant jamais cessé d'en être le détenteur, bénéficie néanmoins d'une réattribution de ce qui constitue la substance du droit de propriété : c'est-à-dire les prérogatives associées à la qualité de propriétaire. En effet, nous pouvons le rappeler ici, du fait de la cession, en dépit de la conservation du titre de propriété sur le bien cédé, le créancier cédant perd l'usus, le fructus et l'abusus dont il pouvait se prévaloir sur le bien objet de la garantie, au profit du débiteur. La réalisation de la réserve de

propriété permet à son bénéficiaire de disposer à nouveau, si ce n'est pour la première fois⁴⁰², sur le bien qui en a fait l'objet, de ces prérogatives de propriétaire.

Il n'est pas rare que la demande en restitution du bien faisant l'objet d'une réserve de propriété intervienne alors qu'une partie de la créance a déjà été remboursée par le débiteur au créancier. Il n'est donc par conséquent pas impossible que la valeur du bien objet de la garantie soit, au moment de la réalisation de la réserve de propriété, supérieure au solde de la créance garantie. Il peut également, *a contrario*, arriver que le solde de la créance garantie soit supérieur à la valeur du bien. Dans ce second cas, au titre du second alinéa de l'article 177 de l'AUS, « la valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie ». Dans le premier cas, la somme correspondant à la différence constatée entre le solde de la créance et la valeur du bien, est versée au débiteur⁴⁰³.

Détermination de la valeur du bien. Le Législateur OHADA n'indique pas les moyens qui pourraient être utilisés pour estimer la valeur du bien pour lequel les droits sont restitués. Il serait possible d'envisager que celle-ci corresponde au prix fixé à l'occasion de la cession du bien. Il serait également possible, dans le sens de ce que nous avons pu observer concernant les modalités de réalisation par attribution en propriété des garanties préférentielles, que l'appréciation de la valeur du bien pour lequel les droits sont restitués soit effectuée par un expert, désigné amiablement par les parties ou judiciairement.

Calquer la valeur du bien sur le prix établi entre les parties au moment de la convention de cession ferait de la réalisation une occasion de restituer simplement au débiteur les sommes qu'elle aura déjà versées, et donc de remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte de cession. Ce choix, ne tenant pas compte des différentes évolutions pouvant affecter la valeur du bien faisant l'objet de la garantie entre le moment de la cession et celui de la réalisation de la garantie, est plus en accord avec l'idée selon laquelle le créancier demeure propriétaire du bien tant que le débiteur n'a pas exécuté son obligation.

⁴⁰² Il est assez courant que le créancier n'intervienne dans le cadre de l'opération d'acquisition du bien objet de la garantie qu'à titre de bailleur de fonds. Le bien est acquis auprès d'un tiers, qui le transfère matériellement directement au débiteur, bien que le fournisseur de fonds apparaisse juridiquement comme le nouveau propriétaire. Simultanément, ce dernier conclut une convention de vente du bien avec clause de réserve de propriété. Par conséquent, jusqu'au moment de la réalisation effective de la réserve de propriété, le créancier bénéficiaire de la garantie ne peut véritablement se prévaloir des prérogatives attachées à la qualité de propriétaire.

⁴⁰³ Article 77, alinéa 3 de l'AUS : « Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence ».

Faire le choix de l'évaluation du bien objet de la garantie par un expert, conduirait à admettre que les effets de la réalisation de la garantie soient susceptibles de subir l'influence des évolutions que favorise l'écoulement du temps. Le temps pourrait en effet voir évoluer à la hausse ou à la baisse la valeur du bien cédé. Une évolution à la hausse de la valeur du bien aboutirait à ce que le créancier verse au débiteur une somme plus importante que celle qu'il aura reçue de la part de ce dernier. A contrario, une évolution à la baisse de la valeur du bien conduirait à ce que le créancier verse au débiteur une somme moins importante que celle qu'il aura reçue de sa part. Ce choix serait en accord avec la conception selon laquelle le cessionnaire du bien objet de la garantie, a un statut de quasi-proprétaire eu égard notamment à l'étendue des prérogatives qui lui sont reconnues. La restitution du bien dans ce cas s'apparenterait à une quasi-rétrocession. L'écoulement du temps, associé à l'usage du bien, ont généralement un effet défavorable sur l'évolution de la valeur des biens, notamment ceux susceptibles de faire l'objet d'une cession avec réserve de propriété. L'appréciation de la valeur du bien au moment de sa restitution permettrait donc dans la plupart des cas de minorer la somme venant en compensation du solde de la créance. Ce choix apparaît par conséquent comme étant le plus favorable au créancier réservataire.

B- Attribution en propriété et garanties portant sur des sommes d'argent

Mode de réalisation exclusif des garanties constituées sur des sommes d'argent. Parmi les formes de garanties dont le régime est organisé par le Législateur OHADA, quatre ont pour objet des sommes d'argent. Il s'agit de la cession de créance à titre de garantie, du transfert fiduciaire de somme d'argent, du nantissement de créance, et du nantissement de compte bancaire ; les deux dernières étant soumises aux mêmes règles de réalisation. En raison de la nature des biens sur lesquels elles portent, ces garanties ne se réalisent que par le biais de l'attribution définitive en propriété.

Cession de créance à titre de garantie. En matière de cession de créance à titre de garantie, le Droit OHADA n'est pas suffisamment exhaustif quant aux règles de réalisation devant s'imposer. Il serait utile de distinguer ici deux hypothèses principales : celle qui voit la créance garantie arriver à échéance avant la créance cédée ; et inversement celle qui voit la créance

cée arriver à échéance avant la créance garantie. Le seul texte consacré à la réalisation de la cession de créance à titre de garantie se rattache à la seconde hypothèse⁴⁰⁴.

De ce qu'il est possible de tirer de ce texte et de la nature de la garantie constituée, on pourrait conclure que lorsque la créance cédée arrive à échéance avant la créance garantie, la somme versée à titre de paiement par le débiteur cédé au cessionnaire, est destinée à être conservée par ce dernier sur un compte spécial. A l'échéance de la créance garantie, il n'est pas nécessaire que constat soit fait de la défaillance du débiteur pour que la garantie se réalise. En effet, le créancier garanti est dès ce moment en mesure de s'octroyer, à titre définitif, les sommes versées par le débiteur cédé à titre de paiement de sa dette. Celles-ci viennent s'imputer sur la créance garantie. Lorsque les sommes versées par le débiteur cédé sont supérieures au solde de la créance garantie, le bénéficiaire de la cession de créance est tenu de restituer le surplus au cédant. Cependant, lorsque ces sommes sont inférieures au solde de la créance garantie, le créancier cessionnaire conserve la partie non satisfaite de sa créance, mais seulement à titre chirographaire.

Lorsque la créance garantie arrive à échéance avant la créance cédée, l'exécution par le cédant de son obligation, éteint normalement la garantie. Ceci a pour effet de faire rentrer la créance cédée dans le patrimoine du cédant. S'il advenait que le cédant soit dans l'incapacité de remplir son engagement, les limites bridant le droit de propriété du cessionnaire sur le bien transféré seraient écartées, et la créance cédée serait définitivement acquise au créancier garanti. En vertu du principe de non enrichissement indissociable des sûretés, l'appropriation définitive d'une créance cédée à titre de garantie, dont la valeur est supérieure au montant du solde de la créance garantie, devrait donner lieu au versement de la différence constatée, par le créancier garanti au constituant. Par contre, le constat d'une valeur inférieure de la créance cédée par rapport au solde de la créance garantie conduirait à la survie d'une part de la créance, opposable à titre chirographaire.

Transfert fiduciaire. En matière de transfert fiduciaire de somme d'argent, les règles relatives à la réalisation de la garantie sont relativement plus simples. En effet, en cas d'exécution de son obligation par le débiteur, les fonds remis par celui-ci à titre de garantie, inscrits sur un compte bloqué, font l'objet d'une restitution⁴⁰⁵. Cependant, en cas de défaillance du débiteur, la somme

⁴⁰⁴ Article 86 de l'AUS : « Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Le surplus s'il y a lieu est restitué au cédant. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

⁴⁰⁵ Article 91 al. 1^{er} de l'AUS : « A l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant ».

d'argent faisant l'objet de la garantie est remise au créancier s'il en fait la demande. C'est le sens du second alinéa de l'article 91 de l'AUS qui dispose 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 ». Nous pouvons souligner, à travers ce texte, le fait que la remise des fonds ne soit envisageable qu'à la suite de la notification au constituant de la défaillance du débiteur. Le texte ne fait pas de distinction entre le constituant débiteur et le constituant tiers. A l'égard de ce dernier, la notification de la défaillance du débiteur se comprend assez aisément. A l'égard du constituant débiteur, l'accomplissement d'une telle formalité se comprend un peu moins. Elle pourrait dans ce cas faire l'objet d'une conversion en mise en demeure de payer. A la suite de cette notification, le créancier est tenu d'observer un délai de huit jours avant de pouvoir solliciter la remise des fonds. Toutefois, la somme versée au bénéficiaire de la garantie ne peut être supérieure au solde de la créance due. S'il s'avère que le montant des fonds bloqués est supérieur au solde de la créance garantie, la différence constatée est restituée au constituant. Si ce montant est insuffisant à satisfaire le créancier garanti, celui-ci conserve la partie de sa créance non éteinte, qu'il pourra faire valoir à titre chirographaire.

Nantissement de créance. En matière de nantissement de créance, les modalités de réalisation telles que prévues par le Législateur OHADA sont différentes selon que l'obligation garantie arrive à échéance avant ou après la créance nantie.

Lorsque l'obligation garantie arrive à échéance avant la créance nantie, son exécution a pour effet de faire disparaître le nantissement. Par conséquent, le constituant retrouve l'ensemble des droits sur la créance qui étaient les siens avant le nantissement. En cas d'inexécution de l'obligation garantie, le créancier garanti peut, notamment lorsqu'il a régulièrement notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie, attendre que cette dernière arrive à échéance pour pouvoir en recevoir le paiement qu'il impute sur le montant de sa créance⁴⁰⁶. Le créancier nanti dispose également de la possibilité de réaliser ici sa garantie par le biais d'une attribution en propriété de la créance nantie. Cette attribution peut prendre une forme conventionnelle, lorsque les parties prévoient qu'en cas de défaillance du débiteur, la titularité de la créance reviendra au créancier garanti. Elle peut également prendre une forme judiciaire, lorsque le créancier nanti saisit la juridiction compétente pour qu'elle prononce le transfert de propriété de la créance

⁴⁰⁶ Article 134 al. 2 de l'AUS : « 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 ».

nantie à son profit. Devenu titulaire de la créance, le créancier nanti peut désormais en disposer librement, ou attendre son échéance pour en recevoir le paiement.

Lorsque l'échéance de l'obligation garantie est postérieure à celle de la créance nantie, le créancier garanti reçoit le paiement de cette dernière dès lors que le débiteur a régulièrement reçu notification du nantissement. L'obligation garantie n'étant pas encore exigible, il ne peut en principe pas s'approprier les sommes versées. Il est tenu de les conserver en les faisant inscrire sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir⁴⁰⁷. L'AUS ne précise pas à quel nom le compte devrait être ouvert. Décider que ces sommes devraient être versées sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant, serait une orientation conforme à la nature du nantissement. Ce qui conduirait à transformer le nantissement de créance classique en une forme de nantissement de monnaie scripturale⁴⁰⁸. Faire le choix de l'inscription de ces sommes sur un compte ouvert au nom du créancier nanti pourrait être analysé comme la reconnaissance d'une forme d'appropriation des sommes nanties, difficilement compatible avec la nature de la garantie. Néanmoins, cette seconde lecture serait non seulement plus avantageuse pour le créancier, mais correspondrait mieux à l'esprit du texte⁴⁰⁹. En cas d'exécution de l'obligation garantie, les sommes inscrites sur le compte font l'objet d'une restitution au constituant. En cas de défaillance du débiteur, le créancier nanti se les approprie définitivement. Toutefois, cette appropriation ne peut intervenir que dans un délai de huit jours suivant une mise en demeure adressée au débiteur de l'obligation garantie, mais restée sans effet.

La réalisation du nantissement de créance ne peut avoir pour effet de faire bénéficier au créancier nanti, d'une somme supérieure au montant de la créance garantie. Lorsqu'il reçoit une

⁴⁰⁷ Article 134 al. 1^{er} de l'AUS : « Si l'échéance de la créance nantie est antérieure à l'échéance de la créance garantie, le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance, dans la limite des sommes impayées ».

⁴⁰⁸ Le nantissement de monnaie scripturale est une forme de garantie qu'a infructueusement souhaité organiser spécifiquement au sein du Droit français la Commission Grimaldi, à l'occasion de la réforme du droit des sûretés intervenue en 2006. Dans l'avant-projet de réforme issu des travaux de cette commission, il était proposé d'introduire au sein des articles 2357 et suivants du Code Civil, le régime de cette garantie définie comme une « convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom par un établissement habilité à les recevoir ».

⁴⁰⁹ En droit français, la doctrine majoritaire est favorable à l'inscription des fonds reçus du débiteur de la créance nantie sur un compte ouvert au nom du créancier. Elle propose également, à titre de protection du constituant d'une éventuelle insolvabilité du bénéficiaire de la garantie, que ces fonds soient consignés sur compte séquestre. Voir notamment : P. SIMLER, P. DELEBECQUE, *Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} édition, n° 648 ; L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^{ème} édition, n° 535.

somme plus importante que le montant de la créance pour laquelle le nantissement a été constitué, le créancier nanti doit remettre au constituant l'excédent constaté⁴¹⁰.

Nantissement de compte bancaire. Les règles applicables au nantissement d'un compte bancaire sont, nous le rappelons⁴¹¹, empruntées au nantissement de créance. Cette unité de régime n'est pas démentie lorsqu'on se réfère précisément aux règles de réalisation de ces deux formes de nantissement. Toutefois, compte tenu des différences pouvant être observées entre les deux types de biens que sont la créance et le compte bancaire, la mise en œuvre des règles de réalisation du nantissement de créance lorsque le bien nanti est un compte bancaire mérite un certain nombre d'adaptations.

Tout d'abord, en matière de nantissement de compte bancaire, la créance nantie est déterminée à la réalisation de la garantie. Il s'agit du solde créditeur figurant sur le compte au jour de la réalisation du nantissement⁴¹². Ainsi, il est difficile d'appliquer la distinction faite par le Législateur OHADA, à l'article 134 de l'AUS, entre les cas dans lesquels l'échéance de la créance garantie est antérieure à celle de la créance nantie, et ceux dans lesquels l'échéance de la créance garantie est postérieure. La distinction qui pourrait prévaloir dans le cadre de la réalisation d'un nantissement de compte bancaire pourrait être relative aux comptes à vue et aux comptes à terme.

Concernant les comptes à vue, il pourrait tout d'abord être utile de préciser que les sommes qui y figurent sont exigibles à tout moment. Ainsi contrairement au nantissement de créance classique, la créance nantie dans le cadre d'un nantissement de compte bancaire à vue sera toujours exigible à la période à laquelle le créancier bénéficiaire, se prévalant de l'inexécution de l'obligation garantie, souhaitera réaliser sa garantie. Le compte bancaire étant normalement tenu par un établissement de crédit, celui-ci fera office de débiteur de la créance nantie, pour lequel l'exigibilité de la créance ne s'accompagne d'aucune obligation de paiement tant que la demande ne lui en a pas été faite. Par ailleurs, le Législateur OHADA ne précise pas les modalités à suivre par un créancier nanti pour réaliser le nantissement de compte bancaire dont il bénéficie. Ne bénéficiant pas de la détention des sommes nanties, il serait difficilement envisageable de reconnaître au créancier nanti la possibilité d'affecter directement les fonds

⁴¹⁰ Article 135 de l'AUS : « S'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, il répond du surplus perçu en qualité de mandataire du constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

⁴¹¹ Article 136 de l'AUS précité.

⁴¹² Lorsque le nantissement porte sur un compte bancaire, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté, sous réserve de la régularisation des opérations en cours ».

figurant sur le compte au remboursement de la créance, ainsi que l'envisage le premier alinéa de l'article 134 de l'AUS concernant le nantissement de créance. Il serait cependant tout à fait possible que, sur le fondement du second alinéa de l'article 134 de l'AUS, on admette que le créancier nanti puisse réaliser sa garantie en demandant l'attribution judiciaire du solde du compte nanti, ou en mettant en œuvre un pacte comissoire. Une simple notification à l'établissement teneur de compte, consécutive à une mise en demeure du débiteur restée infructueuse, devrait suffire à faire jouer le pacte comissoire. Pour ce qui concerne l'attribution judiciaire, une mise en demeure du débiteur défaillant pourrait précéder la saisine de la juridiction compétente. La notification de la décision judiciaire d'attribution à l'établissement détenteur du compte devrait permettre au créancier nanti de recevoir la somme correspondant au solde du compte, à titre de paiement.

Concernant les comptes à terme, les fonds qu'y inscrit le constituant du nantissement ne peuvent être exigibles qu'à l'issue d'un certain délai. Il est dans ce cas possible de distinguer deux hypothèses : celle qui voit l'exigibilité de l'obligation garantie intervenir avant celle du solde du compte nanti ; et celle qui voit inversement l'exigibilité du solde du compte nanti intervenir avant celle de l'obligation garantie. La seconde hypothèse qui voit le créancier nanti avoir la possibilité de mettre en œuvre sa garantie immédiatement sur le solde du compte nanti, s'apparente à la situation du créancier bénéficiant d'un nantissement constitué sur un compte à vue. Par conséquent les modalités de réalisation développées au sein du paragraphe précédent trouvent ici à s'appliquer. La première hypothèse impose quant à elle que soient admis un certain nombre de points de différenciation par rapport à la réalisation d'un nantissement constitué sur un compte à vue. En effet, lorsque l'obligation garantie arrive à échéance avant l'expiration du terme affectant l'exigibilité du solde du compte, mais n'est pas exécutée, le créancier peut tout d'abord simplement attendre que la créance de solde soit disponible pour demander à bénéficiaire immédiatement sur celle-ci d'une attribution judiciaire ou de la mise en œuvre d'un pacte comissoire. Il pourrait également demander en cas de défaillance du débiteur, avant l'expiration du terme affectant le compte nanti, à bénéficiaire de l'attribution conventionnelle ou judiciaire du solde. Le montant du solde constaté au moment de l'attribution pourrait être maintenu sur le compte jusqu'à l'expiration du terme, et être remis ensuite au créancier nanti.

Conformément à ce que nous avons indiqué à propos du nantissement de créance classique sur le fondement de l'article 135 de l'AUS, lorsque le créancier nanti reçoit, du fait de la réalisation de sa garantie, une somme supérieure au montant du solde de la créance pour laquelle le

nantissement a été constitué, il est tenu de restituer le surplus perçu au constituant. Cependant, lorsque la somme reçue par le créancier nanti est inférieure au solde de la créance garantie, la part non couverte de sa créance subsiste. Dans ce cas, le nantissement sur le compte bancaire est maintenu. Pourrait éventuellement mettre un terme à la survie du nantissement, la clôture du compte bancaire. C'est ce qu'indique notamment l'article 139 de l'AUS, qui dispose que : « Même après réalisation, le nantissement de compte bancaire subsiste tant que le compte n'a pas été clôturé et que la créance garantie n'a pas été intégralement payée ».

II- Vente du bien donné en garantie

Mode de réalisation prédominant. La vente par le créancier du bien donné en garantie, dans l'optique d'être payé sur le prix, est historiquement le principal mode de réalisation des garanties réelles. En dépit de la concurrence d'autres modes de réalisation des garanties réelles, accentuée depuis la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, la vente du bien faisant l'objet tient toujours une large place dans la réalisation des garanties réelles en Droit OHADA (B). Néanmoins, nous devons noter que certaines garanties réelles excluent ce mode de réalisation (A).

A- Incompatibilité de la vente avec certaines garanties réelles

Limites relatives au domaine de la vente. La réalisation d'un certain nombre de garanties réelles s'avère difficilement compatible avec la vente. En effet, en raison de la nature du bien faisant l'objet de la garantie, ou des caractéristiques propres au mécanisme de garantie, la vente peut se révéler inutile ou impossible.

Cas d'inutilité de la réalisation par vente. Concernant les garanties pour lesquelles la vente est inutile en raison de la nature du bien sur lequel est constituée la garantie, nous pouvons principalement identifier celles qui portent sur des sommes d'argent. En effet, la vente du bien mis en garantie a principalement pour objectif d'en tirer une somme permettant de payer la dette garantie. Or, dans les garanties constituées sur des sommes d'argent, il n'est nullement utile de liquider le bien garanti. Ces sommes peuvent être directement affectées au paiement de la créance garantie. C'est notamment le cas en Droit OHADA pour ce qui concerne la cession de créance à titre de garantie, le transfert fiduciaire de somme d'argent, le nantissement de créance, ou encore le nantissement de compte bancaire.

Cas d'impossibilité de la réalisation par vente. Concernant les garanties pour lesquelles la vente est impossible en raison des caractéristiques de la technique de garantie, nous avons au sein du Droit OHADA une seule garantie réelle identifiable : il s'agit de la clause de réserve de propriété. En effet, nous avons vu à propos de la clause de réserve de propriété, qu'il s'agissait d'un mécanisme de garantie par lequel le créancier, à l'occasion d'une cession de bien, conservait la titularité du droit de propriété de celui-ci, jusqu'au paiement du prix de la cession par l'acquéreur. La défaillance du débiteur n'implique ici que la remise à la disposition du créancier, à la suite d'une action en restitution, de l'ensemble des droits classiquement attachés à sa qualité de propriétaire. Si vente il y avait de la part du créancier, elle ne serait interprétée que comme l'expression de ses prérogatives que lui confère le droit de propriété.

B- Domaine étendu de la vente

Mode de réalisation commun aux garanties mobilières et immobilières. La vente du bien mis en garantie pour obtenir le paiement de sa créance, est un mode de réalisation que l'on retrouve aussi bien au sein des garanties réelles mobilières, qu'au sein des garanties réelles immobilières.

En matière mobilière. On retrouve tout d'abord ce mode de réalisation lorsqu'on s'intéresse au gage. En effet, le Législateur OHADA prévoit au premier alinéa de l'article 104 de l'AUS que : « Faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger ».

A travers ce texte, le Droit OHADA pose un certain nombre de conditions préalables à la réalisation du gage par le biais de la vente forcée. Ainsi, nous pouvons retenir que la vente forcée du bien gagé ne pourrait intervenir qu'à la suite du constat fait de la défaillance du débiteur. Ensuite, il est nécessaire au créancier gagiste de se prémunir d'un titre exécutoire constatant sa créance. Il lui est possible de se la préconstituer en établissant la convention qui le lie au débiteur sous la forme notariée. A défaut, il peut saisir le juge pour qu'il se prononce sur l'existence et la quotité de la créance. Une fois le titre exécutoire obtenu, le créancier est tenu de faire délivrer au débiteur de la créance garantie, une sommation de payer. Lorsque le gage a été constitué pour garantir la dette d'un tiers, une seconde sommation de payer doit être adressée au constituant. Une fois la sommation effectuée, le créancier doit respecter un délai de

huit jours avant d'engager la procédure de saisie-vente, dans le respect des règles prévues par l'Acte Uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE). Le Législateur profite de l'occasion pour écarter la validité des clauses dites de voie parée en matière de gage⁴¹³.

La vente par le créancier, du bien sur lequel a été constituée une garantie, est également envisagée en matière de nantissement de droits d'associés, ou de valeurs mobilières. En effet, il ressort de la lecture de l'article 144 de l'AUS que le créancier bénéficiant de ce type de nantissement dispose d'un « droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 » de l'AUS. Par ce renvoi au texte de l'article 104 de l'AUS, le Législateur OHADA soumet la réalisation du nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières aux mêmes conditions que celles qui prévalent en matière de gage. Par conséquent, la vente du bien mis en garantie par le créancier en cas de défaillance du débiteur étant admise en matière de gage, elle l'est également pour ce qui concerne le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, et les règles qui l'organisent pour cette dernière sont celles que nous avons développées à propos du gage au sein du paragraphe précédent.

Il en est de même pour ce qui relève du nantissement de droits de propriété intellectuelle, puisqu'au titre de l'article 161 de l'AUS, le créancier ayant fait le choix d'une telle garantie bénéficie d' « un droit de réalisation qu'il exerce conformément aux dispositions des articles 104 et 105 » de l'AUS.

En renvoyant également aux dispositions prévues au premier alinéa de l'article 104 de l'AUS pour la détermination des conditions de réalisation du nantissement de fonds de commerce, le Législateur OHADA fait de la vente par le créancier du bien mis en garantie, le seul mode de réalisation du nantissement de fonds de commerce. En effet, il ressort de la lecture de l'article 178 de l'AUS que les créanciers disposant d'un nantissement sur un fonds de commerce, bénéficient d' « un droit de réalisation qu'ils exercent conformément aux dispositions de l'article 104, alinéa 1 » de l'AUS. Nous pouvons par la même occasion noter que cette vente doit être soumise à des règles identiques à celles qui s'appliquent à la vente par le créancier du bien gagé.

⁴¹³ Également proscrite concernant la réalisation des autres garanties réelles prévues au sein du Droit OHADA, la clause dite de voie parée est celle qui permet au créancier bénéficiant d'une garantie constituée sur un bien, de s'aménager le droit de vendre celui-ci en cas de défaillance du débiteur, sans respecter les formalités d'exécution imposées par la loi.

Le nantissement de compte de titres financiers comporte quant à lui un certain nombre de spécificités lorsqu'on apprécie les conditions de réalisation qui lui sont associées. Au regard de l'article 154, 2°) de l'AUS⁴¹⁴, il est expressément admis que la réalisation du nantissement de compte de titres financiers s'effectue par le biais de la vente des titres qui le composent, lorsque ceux-ci sont admis sur un marché réglementé. Nous avons, à l'occasion de précédents développements, indiqué qu'en l'absence de précisions concernant le mode de réalisation de titres non cotés figurant sur un compte de titres financiers faisant l'objet d'un nantissement, les règles de droit commun devraient combler les carences constatées. Ainsi, en cas de défaillance du débiteur, la possibilité de vente des titres financiers non cotés figurant sur un compte faisant l'objet d'un nantissement devrait être aisément reconnue. Cependant cette vente ne pourrait être régulièrement engagée qu'après avoir procédé à une mise en demeure du débiteur de la créance garantie, et du constituant du nantissement lorsque celui-ci n'est pas le débiteur⁴¹⁵. Cette mise en demeure doit reproduire certaines mentions obligatoires figurant à l'article 153 de l'AUS⁴¹⁶, à titre de validité. Elle doit être remise à son destinataire en mains propres, ou adressée par courrier recommandé. L'accomplissement de cette formalité fait courir un délai de huit jours à l'issue duquel le créancier nanti dispose du droit de faire procéder à la vente des titres.

En matière immobilière. La réalisation de la garantie par le biais de la vente est également reconnue au créancier bénéficiaire d'une hypothèque, que celle-ci soit conventionnelle, forcée légale, ou forcée judiciaire. Il ressort en effet de la lecture de l'article 198 de l'AUS⁴¹⁷ que le bénéficiaire d'une hypothèque peut poursuivre la vente du bien immobilier faisant l'objet de la garantie. Le Législateur OHADA ajoute à travers ce texte que, la vente du bien immobilier doit être réalisée conformément aux règles applicables à la saisie immobilière telles que prévues par l'AUPSRVE. Ces modalités sont d'ordre public, les parties ne pouvant y déroger par convention. Ceci confirme l'interdiction en Droit OHADA de la clause de voie parée.

En matière de privilège. La vente du bien faisant l'objet de la garantie semble être en Droit OHADA, le seul mode de réalisation admis pour ce qui concerne les privilèges.

Concernant les privilèges généraux, l'article 179 de l'AUS indique qu'ils « confèrent un droit de préférence exercé par leurs titulaires selon les dispositions prévues aux articles 225 et 226 » de l'AUS. Or ces deux textes organisent la distribution des deniers provenant de la réalisation

⁴¹⁴ Article 154 de l'AUS, précédemment reproduit.

⁴¹⁵ Article 152 de l'AUS, précédemment reproduit.

⁴¹⁶ Texte précédemment reproduit.

⁴¹⁷ Article précédemment reproduit.

des immeubles pour le premier, des meubles pour le second, sur lesquels ont été constituées des garanties. En l'absence de tout autre texte relatif à la réalisation des privilèges généraux, et la vente du bien faisant l'objet de la garantie étant le seul mode de réalisation faisant naître des deniers à distribuer entre l'ensemble des créanciers du constituant, nous pouvons conclure qu'aucun autre mode de réalisation n'est admis dans le cadre des privilèges généraux.

Concernant les privilèges spéciaux, principalement mobiliers, deux textes sont spécifiquement destinés à régler leurs modalités de réalisation. L'un s'applique au privilège du vendeur de fonds de commerce, l'autre a un champ d'application plus large puisqu'il est censé s'appliquer à l'ensemble des privilèges spéciaux. Tout d'abord, l'article 178 de l'AUS, à la fois relatif au nantissement de fonds de commerce et au privilège du vendeur de fonds de commerce, souligne que le créancier bénéficiaire de la garantie réalise celle-ci selon les conditions posées au premier alinéa de l'article 104 de l'AUS. Ce texte, nous l'avons précédemment précisé, fixe les modalités de réalisation par la voie de la vente forcée, de biens sur lesquels un gage a été constitué. Ensuite, en son premier alinéa, l'article 182 de l'AUS dispose que : « Les créanciers titulaires de privilèges spéciaux ont, sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi, un droit de préférence qu'ils exercent, après saisie, selon les dispositions prévues par l'article 226 » de l'AUS. Ce texte, nous l'avons relevé au sein du paragraphe précédent, organise la distribution des deniers représentant le produit de la réalisation par vente des biens meubles faisant l'objet d'une garantie. Ainsi, similairement aux privilèges généraux, les privilèges spéciaux ne se réalisent que par la voie de la vente par le créancier du bien grevé.

§2- Absence de mesures relatives au régime des garanties réelles pour autrui

Domaine des garanties réelles pour autrui. La constitution, sur un bien mobilier ou immobilier, de sûretés réelles en vue de garantir le paiement de la dette d'un tiers est sans difficulté envisageable au sein du Droit OHADA. Clairement admise de manière générale au titre du second alinéa de l'article 22 de l'AUS⁴¹⁸, la garantie réelle pour autrui trouve sa place au sein des différentes techniques de constitution de garanties réelles à la faveur de la dissociation ressortant des textes, entre les qualités de constituant et de débiteur. C'est notamment le cas en matière de cession de propriété à titre de garantie, et plus particulièrement dans le cadre de la cession de créance à titre de garantie⁴¹⁹, et celui du transfert fiduciaire de

⁴¹⁹ Article 80 de l'AUS.

somme d'argent⁴²⁰. C'est également le cas en matière de gage⁴²¹, de nantissement⁴²², ou encore d'hypothèque⁴²³.

A contrario, certaines techniques de garantie prévues par le Droit OHADA sont difficilement compatibles avec la constitution d'une garantie réelle pour autrui. C'est particulièrement le cas de la réserve de propriété et du droit de rétention en raison de la particularité de leurs modalités de constitution. C'est aussi de manière générale vrai pour ce qui concerne les garanties réelles non-conventionnelles que sont les privilèges, les hypothèques forcées légales, et les hypothèques forcées judiciaires.

Singularité des garanties réelles pour autrui. Les garanties réelles pour autrui sont singulières en ce que, tout en s'appuyant sur des mécanismes propres aux garanties réelles, elles affichent une certaine proximité avec les garanties personnelles.

En effet, similairement à ces dernières, les qualités de constituant de la garantie et de débiteur de la créance garantie ne sont pas réunies sur une seule et même tête. Or, nous pouvons relever que dans le cadre des garanties personnelles, le constituant n'a pas vocation à supporter la charge définitive de la dette lorsqu'il est appelé en garantie, exception faite bien entendu des cas dans lesquels est établie chez lui, une intention libérale. Cette logique justifie que soit reconnue, au profit du constituant de la garantie, la possibilité d'exercer différents recours à l'encontre du débiteur de l'obligation principale. De même, il ne serait pas incongru d'admettre que le constituant d'une garantie réelle pour autrui ne soit pas en principe la personne sur laquelle pèse définitivement la charge de l'obligation garantie. La possibilité d'exercer un recours contre le débiteur principal devrait par conséquent pouvoir lui être reconnue également.

Ainsi, dans le cadre de la détermination des règles susceptibles d'être associées au régime des garanties réelles pour autrui, devrait normalement apparaître une certaine proximité avec les règles applicables en matière de garantie personnelle; principalement celles qui sont liées à l'absence d'identité entre le constituant et le débiteur.

L'étendue du domaine dans lequel il est possible de constituer une sûreté pour garantir le paiement de la dette d'autrui est relativement important en Droit OHADA. Cependant, il s'avère relativement ardu d'identifier dans les textes, des mesures permettant de mettre en exergue la

⁴²⁰ Artie 87 de l'AUS.

⁴²¹ Article 82 de l'AUS.

⁴²² Article 132 de l'AUS pour le nantissement de créances par exemple.

⁴²³ Article 190 de l'AUS.

particularité du régime applicable aux garanties réelles pour autrui. Par analogie, certaines règles applicables aux garanties personnelles seront étendues aux garanties réelles pour autrui. Nous envisagerons également la possibilité d'intégrer à ce régime, des règles propres aux garanties réelles, mais spécifiques aux situations dans lesquelles le propriétaire du bien grevé n'est pas le constituant de la garantie. L'exposé des règles identifiées pourrait s'organiser autour de l'analyse des droits pouvant être reconnus au constituant pour autrui avant la réalisation de la garantie (I), et de ceux susceptibles d'être attribués au constituant après la réalisation de la garantie (II).

I- Droits particuliers reconnus avant la réalisation de la garantie réelle

Plan. Antérieurement à la réalisation de la garantie réelle constituée pour garantir le paiement de la dette d'un tiers, le constituant pourrait se voir reconnaître des droits similaires à ceux reconnus au propriétaire non-constituant d'un bien faisant l'objet d'une garantie réelle (A), ou encore des droits semblables à ceux qui sont accordés aux garants personnels, notamment les cautions(B).

A- Reconnaissance de droits propres au tiers détenteur

Conditions de constitution de droit commun. La garantie réelle constituée pour garantir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers est normalement soumise, en fonction du type de garantie réelle choisie, aux conditions de constitution et d'opposabilité telles que prévues par l'AUS. Il en est de même concernant les différentes obligations des parties à la convention de garantie. La particularité de la garantie réelle pour autrui se révèle à la suite de la défaillance du débiteur principal, lorsque le bénéficiaire décide de poursuivre la réalisation de la garantie.

Nous avons précédemment indiqué qu'au sein du Droit OHADA, faculté est laissée au titulaire d'un droit de propriété sur un bien de céder celui-ci en dépit de l'existence d'une garantie dont il fait l'objet, notamment lorsque cette garantie est dite préférentielle. Par conséquent il est possible, en raison notamment de la mise en œuvre du droit de suite reconnu au créancier dans le cadre de certaines garanties réelles, d'identifier des situations dans lesquelles le bénéficiaire du transfert d'un bien se voit contraint de subir la réalisation entre ses mains, d'une garantie constituée sur celui-ci par un précédent propriétaire.

Protection du propriétaire non-constituant. Le Législateur OHADA offre expressément, pour certaines garanties, au propriétaire non-constituant se retrouvant dans ce type de situation une voie de sortie⁴²⁴. C'est notamment le cas en matière d'hypothèque, où sur le fondement du second alinéa de l'article 223 de l'AUS⁴²⁵, est accordé au propriétaire non-constituant la possibilité de décharger le bien du poids de la garantie en désintéressant le créancier garanti. Ce désintéressement a pour effet de transférer, par un effet de subrogation, les droits détenus par le bénéficiaire de la garantie au propriétaire non-constituant. Cette option, qui est une application d'un mécanisme classique du droit des obligations, devrait sans difficulté être étendue aux propriétaires non-constituants de biens sur lesquels ont été grevés d'autres types de garanties réelles. Cette extension se limiterait bien évidemment aux mécanismes de garantie admettant, au profit du créancier bénéficiaire, un droit de suite. Il s'agit ainsi de l'hypothèque, du gage avec dépossession, du nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, du nantissement de droits de propriété intellectuelle, du nantissement de fonds de commerce, et du privilège du vendeur de fonds de commerce.

Droits du constituant non-débiteur. Se pose désormais la question de la reconnaissance de droits identiques aux constituants de garanties réelles pour autrui. Reconnaître au constituant le droit de donner satisfaction au créancier en payant lui-même la dette pour laquelle la garantie a été constituée ne devrait pas rencontrer d'énormes difficultés. En effet, que le paiement soit effectué par un tiers plutôt que par le débiteur principal n'est source d'aucun préjudice, ni pour le créancier bénéficiaire, ni pour le débiteur principal. Par ce paiement, l'efficacité de la garantie prise par le créancier se manifeste, et la continuité des droits de propriété du constituant est assurée.

En outre, admettre que par ce paiement, le constituant d'une garantie réelle pour autrui recueille tous les droits dont disposait le créancier à l'égard du débiteur principal, équivaudrait à appliquer les effets classiques de la subrogation personnelle, généralement reconnus en droit des obligations à ceux qui paient les dettes de tiers.

⁴²⁴ Par opposition au Droit français au titre de l'article 2463 du Code civil, le Droit OHADA ne reconnaît pas, au propriétaire non-constituant de l'hypothèque grevant son bien, de faculté de délaissement.

⁴²⁵ Article 223 al. 2 de l'AU « Bien que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, il peut désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance, en capital, intérêts et autres accessoires, en se subrogeant à lui ».

B- Reconnaissance de droits propres aux garants personnels

Droits généraux des garants. En matière de garanties personnelles, et en particulier de cautionnement, le garant a normalement la possibilité d'opposer au créancier bénéficiaire, des droits classiquement désignés sous les termes de bénéfice de discussion et de bénéfice de division, que l'on retrouve en Droit OHADA au sein des articles 27 et 28 de l'AUS. Le garant personnel qu'est la caution a également le droit de mettre en cause le débiteur principal, ainsi que celui de former un recours contre lui avant tout paiement lorsqu'il est appelé en garantie. Il est d'ailleurs tenu soit d'aviser le débiteur soit de le mettre en cause avant de procéder à tout paiement. La reconnaissance de droits similaires à l'avantage de constituants de garanties réelles pour autrui reste en suspens.

Bénéfice de discussion. Concernant le bénéfice de discussion, son intégration aux droits susceptibles d'être opposés au créancier bénéficiaire par le constituant d'une garantie réelle pour autrui, permettrait à ce dernier de contraindre le créancier souhaitant réaliser sa garantie, à poursuivre au préalable le débiteur principal, à saisir ses biens et à les faire vendre pour pouvoir être payé sur le prix obtenu. Une telle admission donnerait, au sein du Droit OHADA, à toute sûreté réelle constituée pour garantir une obligation contractée par un tiers, un caractère subsidiaire.

En Droit français, ce droit est expressément dénié à tout propriétaire de bien immobilier faisant l'objet d'un privilège ou sur lequel est inscrite une hypothèque. Le Législateur français, à l'article 2466 du Code Civil dispose notamment : « l'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble ». En dépit du fait que cette disposition semble destinée, au regard de la place qu'elle occupe au sein du Code Civil, au propriétaire non-constituant d'un bien faisant l'objet d'une garantie, il serait possible d'admettre, par analogie, que cette restriction est applicable à toutes les garanties réelles. Il ne serait pas non plus ridicule de considérer que le Législateur ayant expressément écarté le bénéfice de discussion du régime applicable à certaines garanties, était absent tout doute concernant le fait qu'il s'agissait là d'une caractéristique partagée par les garanties réelles. Le résultat en serait que le bénéfice de discussion soit considéré comme un droit opposable au créancier bénéficiaire par tout constituant de garantie réelle pour autrui, sauf cas d'exclusion expresse de la loi.

Lorsque les qualités de constituant et de débiteur sont réunies sur la tête d'une seule et même personne, les droits spéciaux reconnus au créancier bénéficiaire sur le bien objet de la garantie

éclipsent généralement le droit de gage général dont il dispose au titre de sa qualité de créancier hypothécaire. Dans un objectif de protection des autres créanciers du débiteur, le créancier garanti n'a classiquement la possibilité d'exercer son droit de gage général qu'à titre subsidiaire ; c'est-à-dire uniquement dans l'hypothèse où la réalisation de sa garantie ne suffit pas à le satisfaire.

Lorsque les qualités de constituant et de débiteur désignent deux personnes différentes, le créancier bénéficiaire peut se prévaloir d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur principal, et de droits spéciaux sur l'un des biens composant le patrimoine d'un tiers. Les motifs justifiant que l'exercice du droit de gage général du créancier présente un caractère subsidiaire lorsque la garantie est constituée par le débiteur principal ne sont pas évidents lorsque celle-ci est constituée par un tiers. Le créancier bénéficiaire pourrait ainsi avoir la liberté de choisir entre la réalisation de sa garantie, et la mise en œuvre de son droit de gage général. Encore faudrait-il que ce choix ne puisse pas lui être imposé par le constituant s'il lui était reconnu le droit d'opposer un bénéfice de discussion. Ce qui donnerait à la réalisation de la garantie un caractère subsidiaire.

Bénéfice de discussion limité. La reconnaissance d'un bénéfice de discussion au profit du constituant rendrait plus difficile la réalisation des garanties réelles pour autrui, réduisant ainsi leur efficacité. Or, en posant à l'article 20 de l'AUS le principe selon lequel le cautionnement est présumé solidaire, le Législateur OHADA a souhaité limiter l'influence du bénéfice de discussion, outre celui du bénéfice de division, dans l'optique de renforcer l'efficacité de la garantie, et la position des créanciers. La même motivation justifierait que le bénéfice de discussion ne soit pas accordé au constituant d'une garantie réelle pour autrui. Ce qui serait sans doute en conformité avec l'esprit global du Législateur OHADA.

Par ailleurs, la possibilité laissée au constituant d'une garantie réelle pour autrui d'opposer au créancier un bénéfice de discussion ferait naître un certain déséquilibre entre les garanties réelles constituées par des tiers, et des garanties réelles constituées par les débiteurs eux-mêmes. En effet, les secondes seraient réalisables dès le constat de la défaillance du débiteur, les premières ne le seraient qu'à la suite d'une procédure d'exécution menée contre le débiteur principal, et le constat de son insolvabilité.

L'ensemble de ces éléments devrait conduire, en Droit OHADA, à dénier au constituant de toute sûreté réelle visant à garantir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers, la possibilité d'opposer au créancier bénéficiaire un bénéfice de discussion.

Bénéfice de division. Concernant le bénéfice de division, il permet en matière de garantie personnelle, principalement lorsque plusieurs personnes se portent caution pour garantir une même dette, de contraindre le créancier bénéficiaire à diviser son recours à proportion de la hauteur de l'engagement de chacune des cautions.

En matière de garantie réelle pour autrui, la question de la mise en œuvre du bénéfice de discussion pourrait se poser dans l'hypothèse où l'exécution d'une obligation serait garantie par la constitution, par différentes personnes, de plusieurs sûretés réelles. L'hypothèse pourrait même intégrer les cas de cumul entre une ou plusieurs garanties réelles pour autrui, et une ou plusieurs garanties personnelles pour couvrir la même dette. L'opposabilité du bénéfice de division imposerait que soit effectuée une évaluation des biens mis en garantie en vue de déterminer la proportion de l'engagement de chacun des garants par rapport à la totalité de la dette principale. Les recours seraient alors divisés entre les différents garants, personnels et réels, chacun à hauteur de sa portion.

Toutefois, en raison de la nature indivisible des garanties réelles, une telle option apparaît difficilement comme étant opportune⁴²⁶. En effet, cette division ne priverait pas le créancier bénéficiaire de la possibilité de saisir le bien mis en garantie dans sa totalité, de le faire vendre, et de faire valoir son droit de préférence ou son droit exclusif sur le prix ; ou encore de la possibilité de bénéficier d'un transfert de propriété définitif du bien mis en garantie dans son entièreté. Le seul intérêt que pourrait tirer le garant de la possibilité d'imposer une division des recours résiderait dans la faculté qu'il aurait, en vue d'éviter la perte de son bien, de payer le créancier à hauteur d'un montant bien inférieur à celui qui pourrait lui être exigé pour se libérer de son engagement, dans l'hypothèse où ne lui serait reconnu aucun bénéfice de division.

Cependant, le coup de cette division des recours pourrait s'avérer relativement important pour le créancier garanti. Ce qui représenterait un frein à l'efficacité de la garantie. Or ainsi que nous l'avons vu à propos du bénéfice de discussion, le Législateur OHADA, mu par la volonté de renforcer l'efficacité des garanties, et ainsi la position du créancier bénéficiaire, a souhaité réduire l'influence du bénéfice de division en faisant de l'engagement solidaire du garant personnel, notamment la caution, le principe. La même motivation devrait nous orienter vers une mise à l'écart du bénéfice de division en matière de garantie réelle pour autrui.

Mise en cause du débiteur. Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, le garant personnel, en particulier la caution, a en Droit OHADA la possibilité de mettre en cause le

⁴²⁶ P. SIMLER, Le cautionnement réel est réellement – aussi – un cautionnement, JCP 2001, n° 15, P. 367.

débiteur principal avant d'effectuer tout paiement au créancier. En effet, le premier alinéa de l'article 30 de l'AUS dispose : « La caution doit aviser le débiteur principal ou le mettre en cause avant de payer la dette au créancier poursuivant ». Cette mise en cause du débiteur principal permet au garant de prendre connaissance des différentes exceptions que pourrait opposer le premier au créancier bénéficiaire, et dont il pourrait lui-même tirer profit.

La question de l'extension au domaine des garanties réelles pour autrui de cette mise en cause du débiteur avant paiement permet de soulever celle de l'opposabilité, par le constituant d'une garantie constituée pour couvrir l'exécution de l'obligation d'un tiers, des exceptions que pourrait opposer le débiteur principal au créancier bénéficiaire.

Lorsque le débiteur principal invoque une cause d'extinction ou de nullité de l'obligation principale pour être libéré de son engagement, et obtient gain de cause, il ne fait aucun doute, en raison du caractère accessoire commun, au titre de l'article 2 de l'AUS, à toutes les garanties prévues par le Droit OHADA, impliquant que celles-ci ne puissent point survivre à la disparition ou à l'inexistence de l'obligation principale, que le constituant d'une garantie réelle pour autrui est recevable à s'en prévaloir pour s'opposer à l'exécution de son engagement.

Lorsqu'il s'agit de la possibilité pour le constituant d'une garantie réelle pour autrui de faire valoir une cause de nullité ou d'extinction de l'obligation principale non soulevée par le débiteur, il semble utile de s'appuyer sur les règles propres aux garanties personnelles pour pouvoir déterminer les règles qui pourraient s'appliquer. Concernant les causes de nullité de l'obligation principale, rappelons qu'au regard de l'article 17 de l'AUS, la caution peut, en Droit OHADA, soulever toutes les causes de nullité de l'obligation principale, qu'elles soient de nature absolue ou relative, pour faire constater la caducité de son engagement. Cette faculté s'étend même, ce que n'affirme pas clairement le droit français⁴²⁷, à la cause de nullité qu'est l'incapacité du débiteur principal, exception faite des engagements contractés en ayant conscience de cette qualité. Concernant les causes d'extinction de l'obligation principale, la caution a, en Droit OHADA, sur le fondement du premier alinéa de l'article 29 de l'AUS, la possibilité d'opposer au créancier les exceptions dites inhérentes à la dette principale lorsqu'elles « tendent à réduire, éteindre ou différer » celle-ci. Une interprétation a contrario de

⁴²⁷ Article 2289 du Code Civil français : « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. On peut néanmoins cautionner une obligation, encore qu'elle put être annulée par une exception purement personnelle à l'obligé ; par exemple, dans le cas de minorité ».

ce texte conduirait à ce que la caution ne puisse pas opposer au créancier d'exception dite personnelle au débiteur principal.

Ces distinctions semblent être essentiellement liées à la caractéristique d'engagement pour autrui de la convention de cautionnement. Cette particularité partagée par les garanties réelles pour autrui, autorisent que les règles développées ci-dessus soient intégrées au régime de ces dernières. Ainsi, le constituant de toute garantie réelle constituée pour autrui serait autorisé à se prévaloir de toute cause de nullité de l'obligation du débiteur principal pour se dégager de son engagement. Il pourrait en outre opposer au créancier qui engagerait des poursuites à son encontre, toute cause d'extinction inhérente à la dette, mais ne serait a priori pas admis à faire valoir des causes d'extinction purement personnelles au débiteur principal.

Toutefois, il faut noter que le Législateur OHADA ne distingue ni les exceptions qui pourraient valablement être considérées comme étant inhérentes à la dette, ni celles qui pourraient être regardées comme étant personnelles au débiteur. L'analyse des textes français serait susceptible, non sans difficulté, de nous aider à déterminer le contenu de ces deux catégories.

Concernant les exceptions qualifiées d'inhérentes à la dette, les textes qui pourraient notamment être utiles à l'accomplissement de cette tâche sont les articles 1324⁴²⁸, 1328⁴²⁹ et 1346-5⁴³⁰ du Code Civil français, respectivement relatifs aux exceptions opposables par le débiteur d'une créance cédée au cessionnaire, à celles qui sont opposables au créancier par le débiteur substitué dans le cadre d'une cession de dette, et à celles opposables au créancier subrogé par le débiteur dans le cadre d'un paiement avec subrogation. Ces textes dévoilent une liste non-limitative d'exceptions dites inhérentes à la dette. Il s'agit de la nullité de l'obligation, de l'exception d'inexécution, de la résolution et de la compensation de dettes connexes. Les mêmes exceptions pourraient sans difficulté être opposées en Droit OHADA, en tant que exceptions inhérentes à

⁴²⁸ Article 1324 al. 2 du Code civil : « Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également opposer les exceptions nées de son rapport avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes ».

⁴²⁹ Article 1328 du Code civil : « Le débiteur substitué, et le débiteur originaire s'il reste tenu, peuvent opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Chacun peut aussi opposer les exceptions qui lui sont personnelles ».

⁴³⁰ Article 1346-5 al. 3 du Code civil : « Le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation de dettes connexes. Il peut également lui opposer les exceptions nées de ses rapports avec le subrogeant avant que la subrogation lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes ».

la dette, au créancier bénéficiaire par le constituant d'une garantie réelle pour autrui. La liste n'étant pas limitative, elle pourrait utilement être complétée.

Concernant les exceptions dites personnelles au débiteur, les articles 1324, alinéa 2, et 1346-5, alinéa 3 du Code civil semblent identifier trois exceptions personnelles au débiteur. Il s'agirait de l'octroi du terme, de la remise de dette et de la compensation de dettes non connexes. Toutefois, nous avons pu constater qu'en raison du caractère accessoire de l'engagement du garant par rapport à celui pris par le débiteur principal, ces différentes exceptions, lorsqu'elles appartenaient au débiteur principal, pouvaient également être soulevées par le garant personnel. Une orientation similaire devrait s'imposer en matière de garantie réelle constituée pour couvrir la dette d'un tiers. Il sera donc certainement difficile d'identifier des exceptions dites personnelles pouvant être soulevées par le débiteur principal, mais qui ne le soient pas par le constituant de la garantie réelle s'étant engagé pour couvrir l'exécution de l'obligation contractée par le premier.

Recours anticipé. A l'occasion de l'étude des garanties personnelles, nous avons pu préciser que le Législateur OHADA reconnaît à la caution, à l'article 35 de l'AUS⁴³¹, la possibilité de former un recours contre le débiteur principal avant tout paiement. Ce recours peut prendre la forme d'une action en paiement ou s'orienter vers la mise en place de mesures conservatoires. Son existence se justifie, au regard de la doctrine, par la volonté de réduire l'exposition du garant au risque d'insolvabilité du débiteur. C'est la raison pour laquelle il n'est ouvert que dans un nombre de cas réduits. Notamment lorsque le garant fait l'objet de poursuites de la part du créancier bénéficiaire ; lorsque le débiteur se trouve en état de cessation des paiements ou en déconfiture ; lorsque le débiteur n'a pas déchargé la caution dans le délai convenu ; et lorsqu'en raison de l'échéance du terme convenu, la dette garantie est devenue exigible.

L'exposition du garant au risque d'insolvabilité de la caution qui justifie que le garant personnel bénéficie d'un recours avant paiement est également présente en matière de garantie réelle constituée pour couvrir la dette d'un tiers. Cela nous incite à soutenir la reconnaissance, au profit du constituant d'une garantie réelle pour autrui, d'un recours anticipé contre le débiteur principal.

⁴³¹ Texte précédemment cité.

II- Droits reconnus au constituant après la réalisation de la garantie

Premières vues. Le constituant d'une garantie réelle pour autrui n'est en principe pas la personne sur laquelle devrait reposer la charge définitive de la dette qu'elle garantit. Cette charge devrait être supportée par celui qui tire un profit de l'exécution de l'obligation principale ; c'est-à-dire le débiteur principal. Ainsi, il pourrait se voir reconnaître, au même titre que les garants personnels, la possibilité de former un recours contre le débiteur suite à la réalisation de la garantie (A). A ce recours, on pourrait en ajouter un autre qui serait dirigé contre d'autres personnes garantissant l'exécution de la même obligation (B).

A- Recours après réalisation de la garantie contre le débiteur

Plan. Le recours exercé par le garant réel contre le débiteur principal à la suite de la réalisation de la garantie qu'il a fournie, pourrait prendre la forme soit d'un recours personnel (1), soit d'un recours subrogatoire (2).

1- Recours personnel du garant

Fondement du recours personnel du garant. En vertu de l'article 32 de l'AUS, le garant personnel bénéficie, en Droit OHADA, d'un recours dit personnel contre le débiteur principal. L'existence de ce recours se justifie généralement par l'existence d'une convention ou d'un quasi-contrat entre le débiteur et le garant.

Pour ce qui se rapporte à la convention, on estime que le débiteur souhaitant obtenir un crédit se voit exiger, par le créancier, la fourniture d'une garantie. Il se tourne donc vers le futur garant, et tous les deux se mettent d'accord sur les termes du service qui sera rendu, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit le plus souvent.

En ce qui concerne le quasi-contrat, on l'évoque lorsque le garant s'engage à l'insu du débiteur principal. Une grande partie de la Doctrine reconnaît derrière ces deux sources d'obligations, le mandat et la gestion d'affaires⁴³².

Ce processus précédant la formation des garanties personnelles, et prenant la forme d'une convention ou d'un quasi-contrat est également présent en matière de garantie réelle pour autrui.

⁴³² Voir notamment : L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^e édition, n° 156 ; M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Dalloz, 3^e édition, n° 499.

Cela justifie tout autant la reconnaissance, au profit du garant réel pour autrui, d'un recours personnel contre le débiteur principal après la réalisation de la garantie.

Assiette du recours. Ce recours pourrait permettre au garant réel de réclamer le remboursement de la somme qu'il aura payée pour se soustraire aux poursuites du créancier bénéficiaire de la garantie, ou alors d'une somme équivalant à la valeur du bien faisant l'objet de la garantie, dont il aura été privé du fait de la réalisation. A cela s'ajoutent des intérêts, évalués en fonction de la date à laquelle le garant aura notifié au débiteur principal le déclenchement de la procédure de réalisation de la garantie.

Pourraient également être inclus, les frais engagés depuis la notification par le garant dans le cadre de cette réalisation. En outre, le garant pourrait demander que des dommages et intérêts lui soient alloués à titre de réparation des préjudices subis du fait de la réalisation de la garantie. La somme obtenue pourrait représenter une valeur globalement plus importante qu'en matière de garantie personnelle, en raison de la perte d'un bien.

2- Le recours subrogatoire du garant

Notion. Sur le fondement de l'article 31 de l'AUS, le garant personnel a la possibilité d'exercer contre le débiteur principal, suite au paiement effectué au profit du créancier, un recours qualifié de recours subrogatoire. Il permet au garant d'obtenir la concrétisation des droits et garanties qui étaient reconnus au créancier à l'égard du débiteur principal, et qu'il a recueillis du fait de son paiement. La particularité de ce recours tient au fait que par son paiement, le garant a libéré à l'égard du créancier, celui sur qui doit normalement reposer la charge définitive de la dette.

Fondement du recours subrogatoire. Dans le cadre des garanties réelles pour autrui, du fait du paiement effectué par le garant pour éviter la perte de son bien, du fait de la saisie pour vente de celui-ci, ou du fait de son appropriation, le débiteur principal, qui est la personne sur laquelle doit reposer en définitive la charge de la dette garantie, se voit libéré de celle-ci, partiellement ou totalement, à l'égard du créancier.

Ainsi, nous pouvons constater que la situation dans laquelle se trouve le garant réel pour autrui réunit les ingrédients nécessaires à la reconnaissance d'un recours subrogatoire. Rien n'y ferait obstacle. Au contraire, la substitution du créancier par le garant peut avoir pour avantage d'améliorer la situation de ce dernier, sans pour autant aggraver celle du débiteur. En cela, elle

fait figure d'élément incitatif à l'exécution de l'engagement du garant, et par conséquent d'élément favorable à l'efficacité de la garantie.

Bénéfice de subrogation. A la question du recours subrogatoire, est généralement associée celle du bénéfice de subrogation. Celui-ci permet notamment au garant personnel d'être libéré totalement ou partiellement de son engagement lorsque par le fait du créancier bénéficiaire, la subrogation dans les droits et garanties détenus par celui-ci, ne peut plus s'opérer en cas de paiement, ou se trouve limitée.

Ce droit est reconnu en Droit OHADA aux cautions, sur le fondement du second alinéa de l'article 29 de l'AUS. Certains auteurs justifient cette exception à l'exécution de l'engagement de la caution par le fait qu'au moment où celui-ci prend la décision de contracter, il tient compte de la présence d'autres droits et garanties susceptibles de renforcer l'efficacité d'un éventuel recours après paiement⁴³³. Or la même justification pourrait trouver sa place dans le cadre des garanties réelles pour autrui. Ce qui conduirait à l'admission de l'extension au garant réel pour autrui, du bénéfice de subrogation.

B- Recours après réalisation dirigée contre d'autres garants

Diversité des recours. Conformément à ce que nous avons indiqué à l'occasion de l'analyse des règles applicables en matière de garantie personnelle, sur le fondement de l'article 34 de l'AUS, le garant personnel dispose en Droit OHADA, lorsque, actionnée par le créancier, elle a payé la dette garantie, d'un recours contre toute autre personne ayant garanti le même débiteur pour la même dette.

Ce recours peut prendre la forme d'un recours personnel s'appuyant sur l'existence d'un quasi-contrat, notamment la gestion d'affaires⁴³⁴, si l'on considère que par son paiement, le garant solvens a utilement rendu service aux autres garants. Il peut également prendre la forme d'un recours subrogatoire, le solvens se substituant à la personne du créancier.

Modalités d'exercice des recours. Toutefois, pour l'une et l'autre de ces formes de recours, le garant solvens ne dispose de la possibilité de poursuivre chacun des cofidėjusseurs qu'à hauteur de ce que représente la part de leur engagement au regard de l'ensemble des garanties fournies.

⁴³³ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sűretés*, Dalloz, 3e édition, n° 2357.

⁴³⁴ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sűretés*, Dalloz, 3e édition, n° 536.

Le recours dirigé contre les autres garants personnels, en raison du coût important qu'il est susceptible de représenter du fait de l'obligation de division des recours, est opportunément déclenché en cas d'insolvabilité du débiteur principal. Il permet ainsi de répartir équitablement les conséquences de cette insolvabilité. La répartition effectuée est donc généralement dans les faits, celle du poids d'une dette reposant définitivement sur les garants. La nécessité de répartir la charge définitive de la dette entre les différents garants, en cas d'insolvabilité du débiteur principal, impose que le garant réel pour autrui bénéficie lui aussi d'un recours contre les autres garants, personnels ou réels, qui se sont engagés à couvrir l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur principal.

Pour déterminer le montant pour lequel chacun des garants sera poursuivi, la somme des engagements de garantie sera dans un premier temps arrêtée : les garanties personnelles limitées étant prises en compte sur la base de la limite fixée, les garanties personnelles indéfinies étant supposées données à hauteur de la totalité de la dette constatée, les garanties réelles, et les garanties réelles étant intégrées dans le calcul sur la base de la valeur du bien affecté, dans la limite de la dette garantie. Ensuite, le pourcentage que représente l'engagement de chacun par rapport à la somme des engagements devra être établi. De l'application de ce pourcentage au montant de la dette éteinte du fait de la réalisation de la garantie réelle pour autrui, résultera le montant pour lequel chacun des garants sera poursuivi.

SECTION II : MESURES DE REALISATION PARTICULIERES A CERTAINES GARANTIES REELLES

Plan. Les conditions de réalisation de certaines garanties réelles, telles qu'organisées par le Droit OHADA, affichent une relative singularité. Ces particularités peuvent représenter un avantage dans le sens de l'efficacité des garanties réelles (§1), ou peuvent représenter, avec les différentes lacunes constatées dans les textes, une limite à cette efficacité (§2).

§1- Mesures particulières favorables à l'efficacité

Plan. Des règles relatives à la réalisation des garanties réelles, pourraient être relevés comme éléments positifs, la subrogation réelle reconnue dans le cadre des garanties réelles portant sur des biens corporels (I), ou encore la place dont bénéficient les garanties réelles conventionnelles dans l'ordre de classement des garanties (II).

I- La subrogation réelle dans les garanties réelles corporelles

Notions. Le terme de subrogation réelle est employé pour désigner « le remplacement d'un bien par un autre, qui en emprunte les caractères et l'affectation »⁴³⁵. C'est un mécanisme que l'on considère comme étant l'un des plus fondamentaux en matière de garanties réelles. Il expliquerait notamment le fait que le créancier bénéficiaire procédant à la réalisation de sa garantie par le biais de la saisie-vente, puisse faire valoir son droit exclusif ou son droit de préférence sur le prix obtenu⁴³⁶.

Le développement de la subrogation réelle renforce la place de la théorie dite de la valeur engagée⁴³⁷. Celle-ci fait de l'objet de la garantie réelle, non pas le bien grevé pris dans son individualité, mais la valeur que celle-ci représente. Ainsi, le créancier bénéficiaire est amené à exercer son droit de préférence, ou son droit exclusif sur tout ce qui pourrait représenter cette valeur ; qu'il s'agisse du prix du bien, ou de toute indemnité venant couvrir la perte ou la destruction du bien.

Mécanisme de protection des droits des créanciers garantis. En principe, le régime des garanties réelles est fortement marqué par une obligation d'individualisation des biens mis en garantie. La garantie prise ne devrait normalement être efficace que sur le bien spécifiquement désigné comme en étant l'objet. La perte ou la destruction de celui-ci devrait par conséquent avoir pour résultat l'inefficacité de la garantie. On pourrait parler ici de caducité de la garantie réelle.

Une application stricte de cette logique aurait pour conséquence de fragiliser la situation des créanciers ayant pris le soin de s'assurer le bénéfice d'une garantie réelle. A titre d'exception, dans l'optique de préserver les droits du créancier des conséquences néfastes de la rigueur de

⁴³⁵ L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^e édition, n° 403.

⁴³⁶ M. DOLS-MAGNEVILLE, *Réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, 2013, n° 112.

⁴³⁷ Théorie défendue notamment par le M. C. ATIAS : *La valeur engagée*, RJCCom 1994, n° 11, pp. 72-84.

l'obligation d'individualisation des biens grevés, le Législateur OHADA admet le jeu de la subrogation réelle. Ce mécanisme apparaît ainsi comme un élément favorisant l'efficacité des garanties réelles.

Introduction limitée en matière de garanties incorporelles. Cependant, il est intéressant de noter que le mécanisme de subrogation réelle semble être absent du régime des garanties portant sur des biens incorporels. En effet, aucune allusion à la subrogation réelle ne figure parmi les règles relatives au nantissement ; garantie réelle portant sur les biens meubles incorporels. En outre, lorsque la subrogation réelle est envisagée au sein d'une garantie réelle pouvant à la fois porter sur des biens corporels et incorporels, la règle édictée semble principalement concerner les premiers.

Toutefois, une hésitation pourrait naître à l'analyse des règles propres au nantissement de compte de titres financiers. Il ressort en effet du premier alinéa de l'article 148 de l'AUS que, les titres financiers figurant sur un compte au moment de son nantissement peuvent se voir cédés et remplacés par de nouveaux titres, sans pour autant que cela n'affecte l'efficacité de la garantie.

Cette substitution pourrait être traduite comme l'expression de la subrogation réelle dans le nantissement de compte de titres financiers. Néanmoins, nous devons souligner que les titres dont la substitution est autorisée ici par le Législateur OHADA ne font pas l'objet d'un nantissement à titre individuel. Ils ne sont affectés par la garantie qu'à titre d'éléments composant la substance de ce qui représente l'objet de la garantie : c'est-à-dire le compte. Celui-ci n'est quant à lui l'objet d'aucune substitution, et donc d'aucune subrogation réelle.

Le passage en revue des différents cas dans lesquels la subrogation réelle est admise au sein du Droit OHADA pourrait permettre d'en distinguer quatre catégories. L'une a trait aux garanties réelles portant sur des biens fongibles (A). Une autre est relative aux hypothèses dans lesquelles le bien faisant l'objet de la garantie subit une perte ou une destruction (B). La troisième concerne les garanties constituées sur des biens périssables (C). La dernière catégorie est un regroupement de cas de subrogation particuliers (D).

A- Subrogation relative aux garanties réelles sur biens fongibles

Mécanisme indispensable à la circulation des biens. L'obligation d'individualisation de l'objet sur lequel porte la garantie oblige la partie détenant le bien, qui peut être le constituant

lui-même lorsque la garantie est accordée sans dépossession, le bénéficiaire, ou un tiers, lorsque la garantie est accordée avec dépossession, à tenir le bien clairement séparé des autres biens de même nature compris dans son patrimoine, lorsque ceux-ci ont pour caractéristique d'être interchangeables.

Cette contrainte se révèle être particulièrement gênante lorsque le bien sur lequel porte la garantie est appelé à circuler. Dans l'hypothèse où la garantie porte sur un corps certain, la circulation du bien ne pose pas de difficulté, puisque la facilité avec laquelle l'identification du bien peut être réalisée permet l'exercice d'un droit de suite ou d'une action en revendication. La difficulté, ou même l'impossibilité à laquelle on fait face lorsqu'on souhaite identifier précisément un bien fongible qui a circulé ou a été mélangé aux autres biens de même nature du détenteur, ne permet ni l'exercice efficace d'un droit de suite dans le premier cas, ni l'exercice d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif dans le second cas.

La solution permettant d'assurer l'efficacité de la garantie constituée sur un bien fongible passe par l'admission d'un principe de subrogation réelle s'appliquant dès lors que, les biens fongibles représentant l'assiette de la garantie au moment de sa constitution sont remplacés par des biens de même nature dans le patrimoine de celui qui en est le détenteur. C'est le choix qu'a opéré le Législateur OHADA dans le cadre de la construction du régime propre à la réserve de propriété, et de la détermination des règles applicables au gage.

Subrogation réelle et réserve de propriété. L'insertion d'une clause de réserve de propriété à l'occasion de la cession d'un bien, que celui-ci soit une chose de genre ou un corps certain, ne prive pas le cessionnaire de la possibilité de le céder à son tour. Le créancier réservataire est normalement protégé par la possibilité qui lui est offerte d'opposer ses droits au tiers dès lors que la clause a été régulièrement publiée⁴³⁸. Il est admis, en vertu de cette opposabilité, à exercer une action en revendication entre les mains de tout détenteur du bien. Cette protection s'avère être particulièrement fragile lorsque l'objet de la réserve est un bien fongible, en raison notamment de son identification difficile.

Le Législateur OHADA autorise donc le créancier réservataire à réaliser sa garantie, en cas de défaillance du débiteur, sur des biens de même nature compris dans le patrimoine du débiteur. L'article 75 de l'AUS dispose notamment : « La propriété réservée d'un bien fongible peut

⁴³⁸ Article 74 de l'AUS précédemment cité.

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 ».

Nous pouvons ici relever que, la subrogation réelle ne peut régulièrement s'appliquer entre choses fongibles que si celles-ci sont de même qualité. Le mécanisme de substitution qui s'opère au profit du créancier réservataire peut affecter non seulement des biens détenus par le débiteur, mais également des biens détenus par un tiers, dès lors que cette détention s'exerce pour le compte du débiteur. Le Législateur OHADA traduit sans doute ici la volonté de soumettre au mécanisme de la subrogation les biens fongibles dont le débiteur est propriétaire. Ce qui devrait permettre d'exclure les biens seulement détenus à titre précaire par le débiteur. En outre, nous pouvons souligner que la subrogation est limitée par la hauteur de la créance à éteindre. Ses effets seront proportionnels au montant restant dus par le débiteur.

Subrogation réelle et gage. La constitution d'un gage sur un bien fongible en Droit OHADA, oblige en principe le détenteur à le conserver dans son patrimoine, l'isolant des autres biens de même nature⁴³⁹. Toutefois, les parties ont la possibilité d'insérer dans leur convention, une clause les dispensant de telles obligations. L'efficacité de la garantie nécessite dans ce cas le jeu du mécanisme de subrogation réelle. Ce mécanisme s'exprime de différentes manières en fonction du fait que le gage ait été consenti avec dépossession ou sans dépossession.

Lorsque le gage a été consenti avec dépossession, la dispense conventionnelle de cloisonnement des biens fongibles sur lesquels porte la garantie a pour conséquence l'intégration de ceux-ci au patrimoine du créancier gagiste⁴⁴⁰. Il importe peu pour cela que les biens fongibles gagés soient détenus par le créancier lui-même, ou par un tiers convenu. La propriété acquise par le créancier gagiste ne semble pas avoir été limitée par le Législateur OHADA, et autorise notamment que les biens fongibles gagés puissent faire l'objet d'une cession. La principale obligation pesant sur le créancier gagiste est celle d'assurer le remplacement des biens gagés. Le gage se reporte ainsi sur les biens venant se substituer aux biens cédés. En cas d'exécution de l'obligation pour laquelle la garantie a été prise, ces biens sont remis au constituant. L'AUS précise notamment que le créancier est tenu de « restituer la même quantité de choses équivalentes ». Cette formulation implique que les biens donnés en remplacement soient non seulement de la même espèce, mais également de même qualité.

⁴³⁹ Article 101 al. 1^{er} de l'AUS précédemment cité.

⁴⁴⁰ Article 101 al. 2 de l'AUS précédemment cité.

Lorsque le gage a été consenti sans dépossession, l'autorisation donnée conventionnellement au constituant d'aliéner les biens fongibles gagés a pour conséquence la perte du droit de suite généralement reconnu au créancier gagiste s'étant astreint aux formalités de publicité requises. La contrepartie à cet avantage accordé au constituant est l'obligation de remplacement des biens fongibles gagés en cas de cession. Cette obligation n'est remplie que si les biens de substitution sont de la même espèce, de la même qualité et de la même quantité. Dans cette hypothèse également, le gage se reporte sur les biens de substitution.

B- Subrogation consécutive à la destruction ou à la perte du bien grevé

Domaine de la subrogation. En raison de l'obligation d'individualisation des biens sur lesquels portent les garanties réelles, la perte ou la destruction de l'objet grevé devrait avoir pour conséquence la caducité de la garantie. Ce risque de caducité ne concerne néanmoins pas, en raison de leur très faible spécialisation, les garanties portant sur un ensemble de biens. La perte ou la destruction d'un des biens n'altère en effet pas l'efficacité de la garantie sur les autres biens inclus dans l'objet de la garantie. C'est notamment le cas, en Droit OHADA, concernant les privilèges généraux.

Dans le cadre des garanties plus fortement marquées par la spécialisation, ce risque d'inefficacité planant sur les garanties réelles a conduit le Législateur OHADA à faire appel au jeu de la subrogation réelle. Celui-ci a, pour certaines garanties, expressément affirmé qu'en cas de perte ou de destruction du bien grevé, les droits du créancier bénéficiaire de la garantie se reportent sur l'éventuelle indemnité d'assurance destinée à couvrir cette perte ou cette destruction.

Il paraît intéressant de noter que l'indemnité, entendue comme la « somme d'argent destinée à réparer un préjudice »⁴⁴¹, pouvant être admise en Droit OHADA comme se substituant régulièrement à l'objet de la garantie, est celle qui découle de l'exécution d'une convention d'assurance. Pourraient par conséquent être exclues du champ d'application de la subrogation réelle, les indemnités dues ou versées par des personnes non-assurées, au titre de l'application des règles relatives à la responsabilité civile, lorsqu'elles sont responsables de la perte ou de la destruction du bien mis en garantie.

⁴⁴¹ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 2016.

Le Législateur OHADA ne semble cependant pas effectuer de distinction parmi les catégories d'indemnités d'assurance. Le report des droits du créancier garanti sur une indemnité d'assurance pourrait donc être effectif dès lors qu'il serait constaté que celle-ci trouve son origine dans la perte ou la destruction du bien faisant l'objet de la garantie. Seraient, dans cette optique, intégrées au champ d'application de la subrogation réelle, les indemnités dues ou versées en vertu de l'exécution d'une assurance de chose, ou d'une assurance de responsabilité.

La première catégorie d'assurance est destinée à garantir les biens de l'assuré, et fait de celui-ci le créancier de l'assureur en cas de perte ou de destruction du bien assuré. La seconde catégorie d'assurance est destinée à couvrir les dommages causés par l'assuré aux tiers, sur leurs biens ou leur personne, et fait de l'assureur le débiteur du propriétaire victime de la perte ou de la destruction de son bien.

Le report des droits du créancier garanti sur l'indemnité d'assurance n'est pas expressément admis pour chacune des garanties envisagées dans l'AUS. Seuls la réserve de propriété, le gage, l'hypothèque et les privilèges ont cet honneur.

Subrogation du bien réservé détruit. Le bien faisant l'objet d'une cession avec réserve de propriété peut subir, avant le paiement complet du prix mettant un terme à la suspension de l'effet translatif du contrat, une dégradation ou une destruction. Cette destruction du bien devrait s'accompagner de la caducité de la garantie, dans la mesure où le créancier réservataire, en l'absence de paiement complet de la part du débiteur, ne dispose plus d'aucun bien sur lequel il pourrait mettre en œuvre sa garantie, en exigeant la restitution. Toutefois, le Législateur OHADA, à l'article 78 de l'AUS⁴⁴², lui permet de bénéficier de la survie de sa garantie, en reportant celle-ci sur l'indemnité d'assurance venant couvrir la perte subie.

En principe, les risques associés à un bien sont supportés par la personne qui en est propriétaire, et il lui revient de souscrire un contrat d'assurance destiné à couvrir ces risques. Cependant, dans le cadre des cessions affectées d'une clause de réserve de propriété, les parties prennent généralement le soin de transférer la charge des risques sur le preneur. Il revient donc à ce dernier de contracter une assurance couvrant les risques liés au bien faisant l'objet de la cession.

Ainsi, lorsque l'indemnité due du fait de la destruction du bien est relative à l'exécution d'une assurance de chose, elle est normalement versée à l'acquéreur resté débiteur. Mais en raison du report de la réserve de propriété sur cette indemnité, celle-ci peut faire l'objet d'une

⁴⁴² Article 78 de l'AUS : « Lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien ».

revendication de la part du créancier réservataire. Afin d'éviter que la mise en œuvre de la garantie ne soit une source d'enrichissement pour le créancier réservataire, son action en revendication devrait se limiter au montant de la créance restant due par l'acquéreur.

Lorsque l'indemnité due en raison de la destruction du bien découle plutôt de l'exécution d'une assurance de responsabilité, elle est normalement attribuée au propriétaire. Ce qui implique que le créancier réservataire soit la personne recevant l'indemnité d'assurance. Aucune demande en restitution, mode de réalisation de la réserve de propriété, n'est donc en principe nécessaire dans cette hypothèse. Il appartient ici au créancier réservataire de transférer à l'acquéreur, une somme équivalant à la différence constatée entre l'indemnité d'assurance reçue et la créance restant due par l'acquéreur.

Subrogation du bien gagé perdu ou détruit. La perte ou la destruction d'un bien faisant l'objet d'un gage, devrait normalement mener au constat de la caducité de la garantie, en raison principalement de l'absence de bien sur lequel le créancier gagiste pourrait faire valoir le droit de préférence conféré par le gage consécutivement à l'inexécution de l'obligation garantie. Ce risque de caducité a cependant été neutralisé par le Législateur OHADA à l'article 106 de l'AUS. Il y est notamment précisé que : « en cas de perte ou de détérioration totale ou partielle de la chose gagée qui ne serait pas de son fait, le créancier gagiste exerce son droit de préférence sur l'indemnité d'assurance, s'il y a lieu, pour le montant de la créance garantie en principal, intérêts et autres accessoires, dans le respect des dispositions de l'article 226 du présent Acte uniforme ».

Ainsi, pour préserver l'efficacité du gage, les indemnités d'assurance dues au constituant au titre de la perte, de la détérioration ou de la destruction du bien faisant l'objet de la garantie viennent se substituer à ce dernier, lui empruntant le régime juridique auquel il était soumis. Par opposition à la réserve de propriété, il est ici clairement admis que cette subrogation soit constatée du fait de la simple dégradation partielle du bien, dès lors qu'une indemnité d'assurance est due à la suite de la dégradation. Il est également précisé que la subrogation ne peut être effective que lorsque le créancier gagiste n'est pas à l'origine du dommage affectant le bien gagé. Similairement à la réserve de propriété, l'indemnité d'assurance venant couvrir la perte subie par le constituant pourrait provenir de l'exécution d'un contrat d'assurance de choses ou d'un contrat d'assurance de responsabilité.

Lorsque le gage a été conclu sans dépossession, les sommes reçues à titre d'indemnité, en principe versées au propriétaire du bien, devraient normalement être conservées par le

constituant sur un compte, jusqu'au moment de l'exigibilité de l'obligation garantie. La protection du créancier gagiste nécessiterait probablement dans cette situation que la somme représentant l'indemnité d'assurance soit placée sur un compte bloqué. Il n'est en effet pas exclu que le constituant consomme les indemnités reçues. L'utilisation de ces fonds soulève la problématique du sort réservé aux éventuels biens qu'ils ont permis d'acquérir. Il est difficile, en Droit OHADA, d'identifier la moindre disposition allant dans le sens de leur intégration au sein du périmètre de la subrogation réelle. Nous pouvons par conséquent estimer que le créancier garanti ne peut en principe faire valoir ses droits sur les biens acquis en remploi.

Lorsque le gage a été conclu avec dépossession, le créancier gagiste pourrait être admis à revendiquer la remise des sommes accordées et versées à titre d'indemnité au propriétaire du bien gagé perdu ou détérioré. Il pourrait notamment s'appuyer sur l'effet de survie des contours des différents engagements pris par les différentes parties en cas de subrogation réelle. La dépossession étant un des éléments importants de la garantie constituée, elle s'impose également concernant l'indemnité d'assurance se substituant au bien gagé. Le créancier garanti pourrait lui aussi être contraint de conserver ses sommes sur un compte jusqu'au moment de l'exigibilité de l'obligation garantie. Il ne ferait valoir ses droits de créancier muni d'un droit préférentiel qu'en cas de défaillance du débiteur principal.

Subrogation du bien hypothéqué sinistré. Un bien immobilier sur lequel a été constituée une hypothèque est susceptible de subir un dommage plus ou moins important avant que l'obligation garantie ne soit exigible, que la défaillance du débiteur ne soit constatée, et que la réalisation de l'hypothèque ne soit engagée. La perte de valeur consécutive à ce dommage pourrait avoir pour conséquence, l'inefficacité de l'hypothèque. Afin de protéger le créancier face à ce risque, le Législateur OHADA prononce le report des droits du créancier sur les indemnités d'assurance versées pour couvrir les conséquences du sinistre subi par le bien immobilier hypothéqué. En effet, le troisième alinéa de l'article 197 de l'AUS dispose : « Le droit de préférence s'exerce également, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance de l'immeuble sinistré ».

L'indemnité reçue suite au dommage subi par le bien immobilier, qu'elle provienne de la mise en œuvre d'une assurance de choses ou d'une assurance de responsabilité, est normalement versée au constituant en tant que propriétaire du bien. A défaut d'exigibilité de l'obligation garantie, et donc de défaillance constatée de la part du débiteur, le créancier garanti ne devrait en principe pas pouvoir être en mesure d'appréhender les sommes dues ou versées. Cependant, le Législateur OHADA, en cas de destruction ou de dégradation du bien immobilier, accorde

une faveur au créancier hypothécaire, en prononçant la déchéance du terme de l'obligation garantie⁴⁴³. Il lui offre alors une option : celle de poursuivre le paiement de sa créance, ou d'obtenir une autre hypothèque. Cet avantage devrait donc permettre au créancier hypothécaire d'exercer le droit de préférence dont il bénéficie sans délai sur l'indemnité d'assurance due. Afin de renforcer sa position, pourrait d'ailleurs lui être reconnue une action directe à l'égard de l'assureur débiteur de l'indemnité.

Toutefois, il pourrait être utile d'envisager le cas dans lequel le constituant aurait pour intention de se servir des indemnités dues afin de reconstruire ou de réhabiliter l'immeuble endommagé. La réalisation d'un tel projet aurait pour effet de reconstituer le patrimoine du constituant, tout en restituant à l'assiette de la garantie sa valeur. Le choix de l'appréhension de l'indemnité d'assurance plutôt que celui du maintien de l'équilibre des rapports initialement établis se révélerait contre-productif. Aussi, la déchéance du terme de l'obligation garantie accordée par le Législateur OHADA au créancier hypothécaire, dans l'hypothèse d'une destruction ou d'une dégradation du bien immobilier hypothéqué, devrait être utilement neutralisée en cas d'affectation de l'indemnité d'assurance à la réhabilitation du bien.

Mais, lorsque le créancier hypothécaire ne fait pas preuve de diligence suffisante, il est possible que le constituant reçoive l'indemnité d'assurance due et en fasse usage pour l'acquisition d'autres biens. Le Législateur OHADA n'étend malheureusement pas pour le créancier hypothécaire, le jeu du mécanisme de subrogation réelle, aux biens acquis en remploi des indemnités d'assurance versées en raison de la destruction ou de la dégradation du bien immobilier grevé. La garantie prise par le créancier pourrait ainsi s'avérer inefficace.

Subrogation du bien objet d'un privilège spécial perdu ou détruit. Les biens principalement mobiliers sur lesquels le Droit OHADA reconnaît à certains créanciers un privilège spécial, peuvent se retrouver perdus, ou être sujets à la survenance de dommages avant que ne soit constatée la défaillance du débiteur dans l'exécution de l'obligation garantie. Dans ce cas, tout comme dans ceux envisagés précédemment, le Droit OHADA permet la substitution au bien grevé, de l'indemnité d'assurance venant couvrir la perte subie, afin d'éviter que la garantie ne devienne inefficace. Le Législateur OHADA indique notamment au second alinéa de l'article 182 de l'AUS, concernant les privilèges spéciaux, que : « Le droit de préférence s'exerce aussi,

⁴⁴³ Article 222 de l'AUS : « Dans le cas où l'immeuble hypothéqué devient insuffisant pour garantir sa créance, par suite de destruction ou de dégradation, le créancier peut poursuivre le paiement de sa créance avant le terme ou obtenir une autre hypothèque ».

par subrogation, sur l'indemnité d'assurance du meuble qui a péri ou disparu, tant qu'elle n'est pas payée ».

Ainsi, le vendeur d'un meuble dont le prix n'a pas été complètement payé peut, en cas de disparition ou de destruction du bien, faire valoir les droits relatifs au privilège qui lui est reconnu sur celui-ci, sur l'indemnité d'assurance destinée à couvrir la perte constatée.

Le bailleur d'un immeuble dont le locataire n'a pas réglé la totalité des loyers dus, a quant à lui la possibilité en cas de destruction ou de disparition des meubles garnissant les lieux loués, de mettre en œuvre les droits découlant du privilège que lui accorde le Droit OHADA sur ceux-ci, sur l'indemnité d'assurance venant les remplacer dans le patrimoine du débiteur.

Le transporteur terrestre de biens dont la prestation n'a pas été complètement réglée est admis pour sa part, dans l'hypothèse où la chose transportée sur laquelle le Législateur OHADA lui reconnaît un privilège a péri ou disparu, à opposer ses droits sur l'indemnité d'assurance venant compenser cette perte.

Le commissionnaire dont la créance n'a pas été acquittée peut, en cas de périssence ou de disparition des marchandises dont il avait la détention pour le compte du commettant, et sur lesquels la loi OHADA lui accorde un privilège, faire valoir ses droits sur l'indemnité d'assurance venant se substituer aux biens perdus. Les effets de ce privilège devraient cependant logiquement être neutralisés dans le cas où il serait révélé que la perte ou la destruction des marchandises est la conséquence d'un fait du commissionnaire.

Ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, toute personne empêchant la disparition d'un bien meuble ou préservant l'usage auquel celui-ci est destiné en exposant des frais ou en exécutant un certain nombre de prestations bénéficie d'un privilège sur le bien. A défaut de remboursement des frais engagés, ou de rétribution des prestations fournies, le conservateur est autorisé, en cas de disparition ou de destruction ultérieure du bien, à mettre en œuvre ses droits sur l'indemnité d'assurance due ou versée pour couvrir la perte essuyée.

Les autres privilèges spéciaux envisagés par le Législateur OHADA ne rentrent pas dans le champ d'application de la subrogation réelle. Ils bénéficient notamment aux travailleurs d'un exécutant d'ouvrage à domicile dont la rémunération n'a pas été totalement versée, et aux travailleurs et fournisseurs d'une entreprise de travaux n'ayant pas été entièrement payés ou désintéressés, et ont pour objet les créances nées respectivement de la réalisation de l'ouvrage ou de l'exécution des travaux. Ces créances n'étant pas susceptibles de destruction ou de

disparition, leurs titulaires ne sont pas concernés par l'avantage accordé aux créanciers précédents.

Lorsque le créancier bénéficiaire de la subrogation réelle n'a pas témoigné d'une grande diligence, et a laissé la possibilité au débiteur de se servir de l'indemnité d'assurance versée pour l'acquisition de nouveaux biens, les droits relatifs au privilège qui lui est reconnu ne s'étendent aux biens nouvellement acquis.

C- Subrogation relative aux garanties réelles sur biens périssables

Mécanisme utile à la survie de garanties portant sur biens périssables. Lorsqu'une garantie réelle est constituée sur un bien mobilier, son efficacité peut être menacée par la perte de valeur du bien, liée au caractère périssable de ce dernier. L'obligation de conservation du bien normalement imposée au détenteur de l'objet de la garantie, qui peut être le constituant ou le créancier bénéficiaire selon la forme de la garantie, peut représenter un obstacle à la mise en œuvre de mesures permettant de préserver cette efficacité.

Nous avons établi que ce risque d'inefficacité pouvait être corrigé postérieurement à l'altération du bien grevé, au moyen du report de la garantie constituée sur l'indemnité d'assurance venant compenser la perte ressentie dans le patrimoine du constituant. Il pourrait être corrigé antérieurement à l'altération du bien grevé lorsque celui-ci est fongible, et uniquement sur la base de la conclusion d'un accord en ce sens entre le constituant de la garantie réelle et le créancier bénéficiaire.

Le Droit OHADA vient compléter ces correctifs en permettant qu'antérieurement à l'altération du bien objet de la garantie, que celui-ci soit fongible ou non, indépendamment du consentement des parties, la garantie soit préservée par le biais d'une vente du bien grevé requérant une autorisation judiciaire, et par le report des droits découlant de la garantie constituée sur le prix obtenu. Cette application du mécanisme de la subrogation réelle a été expressément envisagée dans le cadre de garanties affectées d'une dépossession. Il s'agit principalement du droit de rétention, et du gage avec dépossession.

Menace de péril du bien retenu. Le Législateur OHADA prévoit la possibilité de substitution de l'objet de la garantie dans le cadre de l'exercice d'un droit de rétention, lorsque le bien retenu menace de périr. En effet, du second alinéa de l'article 70 de l'AUS il ressort que, par dérogation à l'obligation de conserver le bien retenu en bon état, le créancier « peut faire procéder, sur

autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ».

Ainsi, il est permis au créancier non-désintéressé qui a opposé un droit de rétention au débiteur, lorsque la poursuite de la détention est incompatible avec le maintien de l'efficacité de la garantie, en raison de la nature périssable du bien retenu, de demander au juge de lui délivrer une autorisation de procéder à sa vente. La réponse à la requête introduite par le créancier rétenteur doit intervenir à brève échéance, compte tenu de l'importance du rôle que joue le temps sur l'efficacité de la garantie. Cette vente étant difficilement concevable sans information préalable du propriétaire du bien retenu, une notification de l'autorisation de vente devrait être adressée au débiteur, généralement propriétaire du bien. Par ailleurs, la protection des intérêts du propriétaire du bien retenu implique sans doute que le créancier ne soit pas libre de déterminer le prix de la vente. L'extension du rôle du juge ayant délivré l'autorisation de vendre le bien au contrôle du prix de vente, ou l'intervention d'un expert pour effectuer l'évaluation du bien, pourraient se révéler assez opportuns.

Sur le fondement de l'article 70 alinéa second in fine de l'AUS, « le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ». Il y a donc à l'issue de l'opération de vente, substitution du bien retenu par la somme en représentant le prix, en tant que objet de la garantie. Cette somme n'est néanmoins pas conservée par le créancier rétenteur, qui la remet pour consigne à un tiers. Il ne serait pas déraisonnable de considérer que l'exécution par le débiteur de son obligation permet de libérer la somme consignée et de la lui remettre. Mais son inexécution définitive devrait à l'opposé permettre au créancier rétenteur de recevoir la totalité ou la partie de la somme équivalant à la valeur de l'obligation pour laquelle le droit de rétention a été exercé.

Menace de péril du bien gagé. Concernant le cas de subrogation réelle pour menace de péril pesant sur le bien gagé, le Législateur OHADA l'envisage à l'article 111 de l'AUS⁴⁴⁴.

Nous pouvons tout d'abord souligner que ce cas de subrogation est propre aux gages effectués avec dépossession. Sa mise en œuvre n'est susceptible d'être déclenchée qu'à l'initiative du détenteur de l'objet du gage, qui est généralement le créancier bénéficiaire de la garantie, mais peut également être un tiers convenu. Le détenteur, lorsqu'il constate que pèse sur le bien gagé

⁴⁴⁴ Article 111 de l'AUS : « Lorsqu'un bien objet d'un gage avec dépossession menace de périr, le créancier gagiste ou le tiers convenu peut faire vendre, sous sa responsabilité, le bien gagé sur autorisation notifiée au constituant de la juridiction compétente saisie sur simple requête. Les effets du gage sont alors reportés sur le prix ».

en sa possession une menace de péril, a la possibilité de saisir sur requête le juge, afin qu'il lui délivre une autorisation de vendre le bien meuble grevé. Lorsque la décision de la juridiction saisie est favorable, elle fait l'objet d'une notification adressée au constituant de la garantie. Une fois la notification effectuée, la vente peut effectivement être réalisée. Afin de préserver l'efficacité des droits du créancier garanti, le Législateur OHADA reporte sur le prix tiré de la vente, les prérogatives détenues au titre de la convention de gage. Le prix ainsi objet, nouvel objet du gage, doit normalement être conservé de manière séparée par le détenteur. Il est fait exception à cette obligation de conservation séparée lorsque, nous l'avons précédemment évoqué, le créancier en est expressément dispensé au titre de la convention de gage⁴⁴⁵. Celui-ci acquiert dans ce cas la propriété des sommes reçues en contrepartie du bien gagé cédé. Il est bien entendu tenu de les restituer en cas d'exécution de l'obligation garantie.

Ce cas de subrogation présente notamment l'intérêt d'apporter une solution aux situations dans lesquelles l'intégrité du bien faisant l'objet de la garantie est affectée par l'écoulement du temps en dépit du caractère satisfaisant des conditions de détention. Le respect strict des obligations classiques de conservation dues par le créancier détenteur pourrait avoir pour effet la perte de valeur de l'objet de la garantie, et par conséquent l'inefficacité du gage du point de vue du créancier bénéficiaire, et la perte d'une part de patrimoine du point de vue du constituant.

D- Cas particuliers de subrogation

Catégorie des cas concernés. A côté de la subrogation réelle relative aux biens fongibles et de celle concernant les biens perdus ou détruits, le Droit OHADA prévoit des cas de subrogation dont la singularité est plus prononcée. L'un de ces cas est particulier au droit de rétention, un autre concerne la réserve de propriété, un troisième est propre au gage, et un dernier concerne l'hypothèque.

Cas de subrogation particulier au droit de rétention. Lorsqu'un créancier détenant le bien de son débiteur met régulièrement en œuvre un droit de rétention, il est tenu d'une obligation de conservation du bien. Le respect de cette obligation de conserver le bien retenu impose souvent au créancier rétenteur d'engager un certain nombre de frais. Ces frais sont normalement restituables par le débiteur. Or il n'est pas impossible que les frais nécessaires à cette conservation représentent un poids important pour le créancier rétenteur, de nature à faire perdre

⁴⁴⁵ Article 101 alinéa 2 de l'AUS.

tout intérêt à la récupération du bien du point de vue du débiteur, en raison de la valeur à laquelle le bien retenu correspond. Il pourrait donc en résulter une certaine inefficacité de la garantie.

Afin d'apporter une réponse à cette problématique, le Législateur OHADA décide, par le biais du second alinéa de l'article 70 de l'AUS⁴⁴⁶, que le créancier rétenteur, lorsque les frais occasionnés par la garde du bien retenu sont hors de proportion avec sa valeur, peut faire procéder à sa vente. Il lui est nécessaire pour cela de former une requête auprès de la juridiction compétente, pour que lui soit délivrée une autorisation en ce sens. Le juge saisi est tenu de répondre à la demande qui lui a été faite dans un temps limité. Dans l'hypothèse où sa réponse serait favorable au créancier rétenteur, notification devrait en être faite au débiteur-proprétaire.

En vue d'assurer la protection du débiteur, la détermination du prix de vente ne devrait pas être soumise à la volonté du créancier rétenteur. Le juge délivrant l'autorisation pourrait se voir reconnaître la charge d'encadrer l'opération de vente, ou la désignation d'un expert pourrait être exigée pour permettre une évaluation fiable du bien retenu. Le Droit OHADA fait reporter sur le fruit de cette vente, les droits reconnus au créancier-rétenteur.

En outre, il faut noter que le créancier se voit contraint de consigner le prix de la vente. Celui-ci devrait normalement être reversé au débiteur propriétaire du bien vendu en cas d'exécution de l'obligation pour laquelle le droit de rétention a été mis en œuvre. En cas de constat définitif d'inexécution, la part de la somme consignée correspondant à la valeur de l'obligation non-exécutée devrait revenir au créancier-rétenteur.

Cas de subrogation particulier à la réserve de propriété. Au titre de l'article 78 de l'AUS⁴⁴⁷, le Législateur OHADA permet au créancier réservataire, lorsque le bien faisant l'objet de la cession avec réserve de propriété a été vendu par le débiteur, de faire valoir ses droits sur la créance due par le sous-acquéreur au débiteur. Il y a donc ici substitution de l'objet de la garantie par la somme représentant le prix de vente ; le second bien empruntant au premier son régime. La mise en œuvre de ce cas de subrogation réelle est normalement efficace lorsqu'elle intervient antérieurement à la remise, par le sous-acquéreur au débiteur, du prix de vente. Une action directe dirigée contre le sous-acquéreur du bien réservé, au profit du créancier réservataire, est ainsi implicitement reconnue au sein du Droit OHADA. Par conséquent,

⁴⁴⁶ Article 70 alinéa 2 de l'AUS : « Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ».

⁴⁴⁷ Article précédemment cité.

lorsque le créancier réservataire aura régulièrement publié sa garantie, il aura à l'égard du sous-acquéreur, la possibilité de la réaliser par le biais d'une action en revendication du bien réservé, ou par une demande de versement entre ses mains du prix de vente.

Cas de subrogation particulier au gage. Le Législateur OHADA envisage en matière de gage un cas de subrogation réelle spécifique dépendant de la volonté des parties. En effet, il est indiqué au premier alinéa de l'article 94 de l'AUS que : « Les parties peuvent convenir de la subrogation, en cours d'exécution de la convention, de la chose gagée par une autre ». Nous relevons ici que le Droit OHADA ne fait aucune distinction entre les biens meubles faisant l'objet d'un gage avec dépossession, et ceux faisant l'objet d'un gage sans dépossession. Ce cas de subrogation reposant essentiellement sur l'accord du constituant et du créancier pourrait démontrer une certaine utilité pour le constituant d'un gage avec dépossession souhaitant retrouver la possibilité de faire usage de son bien. Il pourrait également être avantageux pour le créancier bénéficiaire d'un gage constitué avec ou sans dépossession, lorsque le bien qui en fait l'objet a perdu de la valeur, et ne représente plus une garantie suffisante au regard de sa créance. Cette subrogation réelle pourrait également trouver sa place lorsqu'à l'échéance de l'obligation garantie, le débiteur souhaitant bénéficier d'un délai supplémentaire, le créancier garanti exige que lui soit fourni en garantie, un bien représentant une valeur plus importante.

La substitution conventionnelle de l'objet initial de la garantie par un autre bien mobilier évoque le mécanisme juridique caractéristique de la novation par changement d'objet. En effet, la novation peut être définie comme une « opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une opération nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte »⁴⁴⁸. Elle est constatée à partir du moment où trois éléments sont identifiés : la création d'une obligation nouvelle valable, l'extinction d'une obligation préexistante, et l'intention de nover se traduisant par la volonté de lier la création de la nouvelle obligation à l'extinction de l'obligation initiale. Or, dans le cadre de la subrogation réelle conventionnelle voulue par le Droit OHADA en matière de gage, on peut constater que le créancier garanti bénéficie de droits nouveaux sur un autre bien du constituant, qu'il perd parallèlement les droits préalablement consentis sur l'objet initial de la garantie, et que ces deux effets sont indissociables en ce que l'opération est marquée par la volonté de conditionner l'existence des droits du créancier sur le nouveau bien, par la disparition des droits portant sur le bien initialement grevé.

⁴⁴⁸ F. TERRE, P. SIMLER, Y LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^e éd., n° 1417.

Cette substitution de l'objet initial de la garantie par un autre bien du constituant pourrait faire naître des difficultés relatives à l'opposabilité aux tiers de la convention conclue. Il est en effet possible de se demander si l'inscription prise initialement, dans le cadre de la constitution d'un gage avec dépossession, sera suffisante à l'opposabilité des droits du créancier garanti sur le nouveau bien. Il faudrait tout d'abord déterminer s'il est nécessaire pour le créancier d'effectuer une nouvelle inscription. Dans l'affirmative, il sera utile d'identifier précisément la date d'opposabilité des droits nouvellement acquis.

Le principe de spécialité attaché aux garanties réelles contraint à l'identification des biens sur lesquels sont constituées des garanties, tant au sein de l'acte de constitution qu'à l'occasion de l'accomplissement des formalités de publicité. La sécurité juridique des tiers exige qu'ils puissent avoir accès à une information fiable concernant les droits constitués sur les biens de leurs partenaires. Lorsque le gage est constitué avec dépossession, la publicité est caractérisée par l'acte de dépossession. Lorsque le gage est constitué sans dépossession, cette information s'accomplit en Droit OHDA par une inscription au RCCM. L'accomplissement de nouvelles formalités de publicité semblent ainsi s'imposer au créancier gagiste pour ce qui concerne le report du gage sur le nouveau bien.

Ce report de la garantie sur le nouveau bien, dont la publicité a été effectuée par le biais de la dépossession ou de l'inscription au RCCM, pourrait pour ce qui concerne son efficacité, être confronté à un conflit avec d'autres droits régulièrement publiés par des tiers. Les effets du report prennent bien évidemment le pas sur les droits dont la publicité intervient postérieurement à la date à laquelle la sienne est survenue. Ils sont assez logiquement supplantés par les droits publiés antérieurement à la date d'opposabilité du gage constitué sur le bien initial. Demeure une ultime question : celle de savoir si le créancier gagiste peut faire valoir ses droits sur le nouveau bien à l'encontre des tiers dont les droits ont été publiés postérieurement à la date d'opposabilité du gage initialement constitué, mais antérieurement à la date d'opposabilité des droits acquis sur le nouveau bien. La volonté de maintenir le créancier dans une situation semblable à celle dans laquelle il se trouvait initialement orienterait vers le choix d'une date d'opposabilité identique à celle acquise au titre de la garantie initialement constituée. Mais ce choix serait désastreux pour la sécurité juridique des tiers. La subrogation réelle dépendant complètement ici de la volonté des parties, il ne paraît pas difficile pour le créancier de vérifier que le bien mobilier proposé pour remplacer l'objet initial de la garantie est libre de tout droit, avant tout accord de substitution. Il pourra être considéré comme ayant consenti à ce que les droits préalablement constitués sur le nouveau bien lui soient opposés s'il consent à la

subrogation réelle. Le choix de l'opposabilité de la garantie nouvelle à la date de la nouvelle inscription devrait par conséquent être retenu.

Au regard des conditions de mise en place de la subrogation réelle conventionnelle, son extension à d'autres garanties réelles telles que l'hypothèque, ou même le nantissement, pourrait être envisagée.

Subrogation réelle particulière aux hypothèques sur biens immobiliers indivis. Ce dernier cas de subrogation réelle a été précédemment abordé, puisqu'il concerne l'hypothèque constituée sur un immeuble indivis ou sur une quote-part d'un ou plusieurs immeubles indivis, dont les effets sont organisés à l'article 194 de l'AUS⁴⁴⁹.

Lorsqu'une hypothèque est constituée sur un immeuble indivis par l'un des coindivisaires, le bien faisant par la suite l'objet d'une licitation, en cas d'attribution du prix à l'indivisaire constituant, les droits reconnus au créancier hypothécaire sont reportés sur les sommes versées par l'acquéreur.

De même, lorsqu'une hypothèque est constituée sur la quote-part d'un immeuble en indivision, qui fait ensuite l'objet d'une licitation, l'attribution du prix qui en est tiré au constituant a pour effet le report de la garantie sur les sommes versées par l'acquéreur.

Dans chacun de ces deux cas, l'efficacité de la garantie impose que le constituant ayant reçu les fonds se substituant à l'objet initial de l'hypothèque préserve leur individualisation, en ouvrant un compte spécial, de préférence bloqué, dans lequel il les affecte.

II- Classement avantageux des garanties préférentielles conventionnelles

Enjeu. L'efficacité d'une garantie s'apprécie aussi au regard des chances dont dispose le créancier bénéficiaire, en cas de défaillance du débiteur, d'être satisfait du fait de sa mise en œuvre. Ces chances sont souvent déterminées par le sort réservé par la loi à la garantie constituée, dans l'hypothèse où surviendrait un conflit avec d'autres garanties réelles.

Ce conflit a généralement lieu, concernant en particulier les garanties réelles préférentielles, à l'occasion de la distribution du prix obtenu de la vente du bien grevé, dans le cadre d'une procédure de saisie. C'est la raison pour laquelle il est important pour tout créancier souhaitant bénéficier d'une garantie réelle, de tenir compte du classement que lui attribue le Législateur,

⁴⁴⁹ Texte précédemment cité.

par rapport aux autres garanties réelles. Plus la garantie constituée est considérée comme étant prioritaire, et plus son efficacité est renforcée.

Les créanciers garantis pour lesquels cette considération est susceptible d'être déterminante sont ceux qui bénéficient d'une garantie conventionnelle. L'ordre de classement ne rentre en effet généralement pas dans les prévisions des créanciers bénéficiaires de garanties non-conventionnelles, au moment où naît la créance à laquelle est rattachée la garantie dont ils bénéficient. Au sein du Droit OHADA, les garanties conventionnelles bénéficient d'un classement plutôt satisfaisant ; qu'il s'agisse de garanties immobilières (A), ou de garanties mobilières (B).

A- Classement des garanties immobilières conventionnelles

Détermination du rang. Le classement des garanties réelles préférentielles portant sur des biens immobiliers est envisagé par le Législateur OHADA à l'article 225 de l'AUS. On peut y faire le constat selon lequel les créanciers bénéficiaires d'une hypothèque conventionnelle se voient reconnaître un rang égal à celui qu'occupent non seulement les créanciers auxquels a été accordée une hypothèque forcée judiciaire ou légale, mais également à celui qu'occupent les créanciers dits séparatistes⁴⁵⁰ régulièrement inscrits.

Seules deux catégories de créanciers peuvent se targuer de bénéficier d'un rang plus avantageux que celui qui est reconnu aux créanciers hypothécaires. Nous pouvons tout d'abord retrouver au rang le plus favorable du classement, les créanciers de la procédure ayant permis la réalisation du bien grevé et la distribution du prix obtenu. Ce sont plus particulièrement les créanciers de frais de justice engagés pour la réalisation. Nous retrouvons ensuite au second rang, les créanciers bénéficiaires du superprivilège des salaires. L'étendue des sommes sur lesquelles pourrait porter ce privilège n'est malheureusement pas précisé par le Droit OHADA. Il revient par conséquent à chacun des Etats-Membres de l'OHADA, de préciser la part des

⁴⁵⁰ En matière de successions, il peut être accordé aux créanciers d'un défunt et aux légataires de sommes d'argent, le droit d'être préférés aux créanciers personnels de l'héritier sur les biens acquis du fait de la succession, et notamment sur les immeubles appartenant au défunt et recueillis par l'héritier. De même, les créanciers personnels de l'héritier peuvent bénéficier du même droit à l'égard à l'encontre des créanciers du défunt, sur les biens de l'héritier. L'avantage ainsi reconnu à ces créanciers est, notamment en Droit français, renforcé par un privilège spécial immobilier. Celui-ci apparaît au 6° de l'article 2374 du Code civil. Le Législateur OHADA ne reconnaît pas expressément ce privilège. Il ne consacre d'ailleurs aucun privilège spécial immobilier. Mais à travers l'indication du rang qu'occupent les créanciers s'en prévalant dans le cadre de la distribution du prix de réalisation d'un bien immobilier, il serait tentant d'y voir une forme de reconnaissance tacite.

salaires dus par l'entreprise débitrice, admise au sein du périmètre du super-privilege des salariés.

Classement. Toutes les garanties autres que celles qui viennent d'être évoquées occupent un rang inférieur. Le créancier bénéficiaire d'une hypothèque conventionnelle sera donc désintéressé par préférence aux créanciers faisant valoir un privilège général soumis à publicité. Il le sera également par préférence aux créanciers bénéficiaires d'un privilège général non soumis à publicité. Viennent en dernière position dans ce classement, les créanciers chirographaires intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure de distribution.

B- Classement des garanties mobilières conventionnelles

Détermination des conditions de classement. Les garanties mobilières conférant un droit de préférence aux créanciers qui en bénéficient font au sein de l'article 226 de l'AUS, l'objet d'un classement dans le cadre de la distribution des sommes recueillies de la vente d'un bien meuble, consécutive au déclenchement d'une procédure de saisie. La lecture de ce classement nous permet de constater que les garanties mobilières conventionnelles, que sont le gage et le nantissement, bénéficient d'un classement de quatrième rang, au même titre que les créanciers faisant valoir un privilège général soumis à publicité. Entre ces trois types de garanties, tout conflit se règle en fonction de la date à laquelle elles sont devenues opposables.

Tout comme en matière garantie immobilière, les créanciers pouvant opposer aux tiers une garantie mobilière conventionnelle sont surclassés par les créanciers des frais de justice ayant permis de réaliser le bien grevé et d'en distribuer le prix, ainsi que ceux auxquels on accorde le super-privilege des salaires. En plus de ces deux catégories de créanciers, le créancier gagiste ou nanti perd normalement le conflit l'opposant aux créanciers ayant engagé des frais afin de préserver la consistance du bien objet de la vente. La conservation du bien étant considérée comme un acte effectué dans l'intérêt des créanciers dont les droits sont nés antérieurement, le privilège du conservateur vient récompenser les personnes sans lesquelles les créanciers n'auraient eu aucun prix à partager à titre privilégié.

La situation du créancier bénéficiaire d'une garantie mobilière conventionnelle demeure toutefois avantageuse, puisque les créanciers munis d'un privilège spécial mobilier ne peuvent espérer recevoir une partie du prix cession du bien qu'après qu'il ait été désintéressé. Il en est de même pour ce qui concerne les créanciers disposant d'un privilège général non soumis à

publicité, car ceux-ci occupent un rang inférieur à celui qui est accordé aux deux catégories de créanciers précédents. Viennent une fois de plus en dernière position ici, les créanciers chirographaires intervenus par voie de saisie ou d'opposition à la procédure de distribution.

§2- Mesures particulières défavorables à l'efficacité

Premières vues. L'un des facteurs susceptibles de limiter l'efficacité des garanties réelles en Droit OHADA est l'existence de lacunes dans la construction du régime qui leur est applicable. Ces lacunes peuvent notamment se révéler à l'analyse des règles relatives à la réalisation du droit de rétention (I). D'autres limites à l'efficacité des garanties réelles pourraient se trouver dans le caractère incomplet des modes de réalisation reconnus aux créanciers qui en sont bénéficiaires. Les conditions de réalisation des privilèges en sont une illustration (II).

I- Incertitudes relatives à la réalisation du droit de rétention

Plan. Au sein de l'AUS, seuls quatre articles sont consacrés au droit de rétention. De ces textes il est difficile de tirer une réponse à la problématique relative au sort du droit de rétention exercé sur un bien dont le débiteur n'est pas ou plus propriétaire (A). Il est également ardu de déterminer la suite réservée au droit de rétention lorsqu'il est définitivement établi que le débiteur n'exécutera pas l'obligation pour laquelle la garantie a été opposée (B).

A- Sort du droit de rétention portant sur un bien dont le débiteur n'est pas propriétaire

Défaut de qualité de propriétaire au moment de la remise du bien au créancier. Il n'est pas inenvisageable qu'un créancier détienne un bien mobilier qui lui a été remis par son débiteur, mais dont celui-ci n'est pas le propriétaire. Cette éventualité devrait nous conduire à nous interroger sur l'efficacité du droit de rétention que le créancier opposerait au débiteur ou au véritable propriétaire du bien s'il n'était pas satisfait. En indiquant à l'article 67 de l'AUS que le droit de rétention peut s'exercer sur « un bien mobilier de son débiteur », le Législateur ne semble pas se positionner dans le sens de la reconnaissance d'un droit de rétention au profit du créancier détenteur du bien. Il semblerait ainsi que, dans l'hypothèse où un bien mobilier a été remis à un créancier, et qu'il est établi qu'il ne pouvait ignorer que le remettant, débiteur dès l'origine ou l'étant seulement devenu plus tard, n'en était pas le propriétaire, il ne devrait

pas pouvoir opposer de droit de rétention, que ce soit à l'égard du débiteur, ou que ce soit à l'égard du véritable propriétaire du bien. Le cas du remettant mandataire devrait toutefois être exclu ici, puisque agissant au nom et pour le compte d'un tiers, ce dernier, propriétaire du bien remis au créancier, devrait également être considéré comme le débiteur de la créance pour laquelle le détenteur du bien envisage d'opposer un droit de rétention.

Il est cependant nécessaire de souligner que la détermination de l'identité du titulaire d'un droit de propriété portant sur un bien mobilier, notamment corporel, est généralement difficile à établir avec certitude. Afin d'assurer la sécurité juridique des parties à une convention portant sur un bien mobilier, est classiquement posée la présomption selon laquelle la possession vaut titre en matière mobilière⁴⁵¹. L'application de cette présomption aboutit à ce que le créancier ayant reçu un bien mobilier de la part du débiteur, sans avoir été informé de l'absence de titre de propriété de ce dernier sur le bien, devrait pouvoir faire valoir les mêmes droits que ceux reconnus à un créancier ayant traité avec le véritable propriétaire.

A l'occasion de précédents développements, nous avons indiqué que le créancier pouvait avoir reçu le bien mobilier en vertu d'un droit de rétention conventionnel, jusqu'au paiement complet d'une créance. La croyance légitime du créancier en la qualité de propriétaire du débiteur devrait permettre de valider l'opposabilité du droit de rétention au débiteur ou au tiers, véritable propriétaire du bien.

Par ailleurs, nous avons reconnu qu'à partir du moment où le créancier dispose d'une créance certaine, liquide et exigible, et à moins que le bien qu'il détient n'ait fait l'objet d'une saisie antérieure à sa détention, le Législateur OHADA admet la possibilité pour le créancier d'opposer un droit de rétention, dans l'hypothèse où le bien détenu a bénéficié de l'exécution de l'obligation ayant fait naître la créance due par le débiteur. C'est particulièrement le cas lorsque la prestation du créancier a permis d'améliorer ou de préserver l'intégrité du bien. L'amélioration ou la préservation du bien profite à la personne qui en est véritablement propriétaire, qu'il s'agisse du débiteur lui-même, ou d'un tiers. L'avantage dont il bénéficie, en plus de la croyance légitime qu'a le créancier quant à la qualité de propriétaire du débiteur remettant, justifierait que lui soit valablement opposé un droit de rétention jusqu'au désintéressement complet du créancier.

Perte de la propriété avant l'opposition du droit de rétention. Il pourrait arriver qu'à la suite de la remise du bien au créancier, mais antérieurement à l'opposition du droit de rétention, le

⁴⁵¹ Article 2276 alinéa 1^{er} du Code civil français : « En fait de meubles, la possession vaut titre ».

débiteur transfère son droit de propriété à un tiers. La nécessité de garantir aux personnes une certaine sécurité juridique, impose que les droits auxquels peuvent prétendre les parties à une convention à la période où elles s'engagent ne soient pas modifiés sans leur consentement, jusqu'au moment de l'extinction du rapport juridique qu'elles ont créé. De même, les contours des droits de l'une des parties à cette convention ne devraient pas pouvoir être modifiés être altérés du fait de la volonté de l'autre partie. En effet, le titulaire d'un droit ne peut être admis à le transmettre à un tiers dans des limites plus étendues que celles qui lui étaient reconnues.

Il résulte de ces développements que le nouveau propriétaire d'un bien peut se voir opposer les mêmes contraintes liées à ce bien que celles qui pouvaient être opposées à la personne qui lui a transmis son droit de propriété. Ainsi, le créancier détenant régulièrement le bien mobilier appartenant à son débiteur, peut valablement opposer à toute personne à laquelle la propriété du bien est postérieurement transmise, le droit de rétention qui lui a été reconnu à l'égard du débiteur.

B- Sort du droit de rétention en cas de constat définitif de non-paiement

Caractéristique principale de la garantie. Mécanisme à usage de gêne. L'une des principales caractéristiques du droit de rétention, au regard des autres mécanismes de garantie réelle, est qu'il représente une gêne pour le débiteur propriétaire ou le propriétaire non-débiteur, qui privés de l'utilisation du bien, se voient contraints de désintéresser le créancier rétenteur pour la récupérer.

Lorsque l'utilité du bien retenu est importante pour le propriétaire du bien, ou lorsque sa valeur est bien plus importante que la créance pour laquelle le droit de rétention est mis en œuvre, il y a un intérêt significatif à ce que le paiement de la créance garantie soit effectué par le propriétaire lui-même, ou par ses créanciers. Mais lorsque la valeur du bien est plus faible que le montant de la créance due, et que l'utilité du bien est, du point de vue de celui qui en est propriétaire, réduite, les chances qu'a le créancier rétenteur de se faire payer ne sont vraiment pas très élevées.

Incertitudes relatives à la réalisation de la garantie. Se pose dès lors la question de savoir si le créancier rétenteur est, lorsqu'il devient certain que le paiement ne sera pas effectué, habilité à vendre le bien retenu et à se faire payer en priorité sur le prix qu'il en tire.

Nous pouvons tout de suite faire remarquer que, contrairement au contenu de l'AUS initial⁴⁵², l'AUS réformé ne reconnaît au créancier rétenteur, aucun droit de préférence, ni de droit de suite. Ainsi, dans l'hypothèse où il déciderait de faire vendre le bien retenu, il pourrait du fait de la perte volontaire de la détention du bien, se voir privé de son droit de rétention. Il serait par conséquent contraint de participer à la distribution du prix de vente du bien simplement à titre de créancier chirographaire.

On ne pourrait cependant admettre, que le créancier demeure indéfiniment détenteur d'un bien sur lequel on ne lui reconnaît, par ailleurs, pas de droit d'usage. En admettant que le droit de rétention reconnu à un créancier puisse valablement se reporter sur le prix de vente du bien retenu lorsque la vente avait été rendue nécessaire, en raison de la nature périssable du bien, ou du caractère disproportionné des frais occasionnés par sa garde, le Législateur OHADA a ouvert la voie à la reconnaissance, au profit du créancier rétenteur, d'un droit sur la valeur du bien ; l'exercice de ce droit sur la valeur faisant plus ou moins l'objet d'un contrôle de la part du juge.

La mise en application de ce droit sur la valeur du bien retenu pourrait trouver un terrain d'extension favorable, dans l'hypothèse où la durée de détention du bien deviendrait excessive, en raison de l'inexécution de l'obligation garantie. Il pourrait en être de même dans le cas où il deviendrait certain que la créance garantie ne ferait l'objet d'aucun paiement. Ces situations sont des marqueurs de l'absence de volonté de la part du débiteur de récupérer son bien, ou de l'impossibilité de payer sa dette.

Il serait alors judicieux, dans l'optique de préserver autant que possible une certaine efficacité au droit de rétention opposé par le créancier, sans pour autant illégitimement attenter aux intérêts du débiteur, d'admettre que le créancier puisse faire vendre le bien, et bénéficier d'un droit exclusif au paiement sur le prix, à hauteur du montant de sa créance. Les conditions de mise en œuvre du droit du créancier sur la valeur du bien retenu devraient ici aussi, à l'image des cas de subrogation pour risque de péril et disproportion des frais de garde, faire l'objet d'un contrôle de la part du juge. S'il est constaté que le produit de la vente est supérieur à la créance garantie, le surplus est remis au propriétaire du bien. Si au contraire, le produit de cette vente est inférieur au montant de la créance garantie, le créancier pourra revendiquer le paiement du solde à titre de créancier chirographaire.

⁴⁵² Article 43 de l'AUS initial : « 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 ».

Il pourrait même être admis, dans des conditions similaires, que le créancier puisse solliciter l'attribution judiciaire du bien retenu. Le contrôle du juge s'effectuerait sur le caractère excessif de la durée de détention du bien, ou sur le constat définitif d'absence de paiement. Il pourrait également porter sur la détermination de la valeur du bien retenu. En cas de supériorité de la valeur du bien retenu par rapport au montant de la créance garantie, une somme correspondant au surplus devrait être reversée au propriétaire. En cas d'infériorité de la valeur du bien, le créancier devrait conserver, pour le solde, ses droits à titre chirographaire.

Quel que soit le mode de réalisation choisi, une notification devrait être adressée au propriétaire du bien pour l'informer de la décision autorisant la vente, ou de l'attribution judiciaire.

II- Conditions limitées de réalisation des privilèges

Mode de réalisation non expressément prévu concernant les privilèges. Les privilèges prévus par le Droit OHADA, qu'ils soient généraux ou spéciaux, se réalisent normalement, au regard des articles 179 et 182 de l'AUS, par la vente après saisie du bien grevé. Le Législateur ne semble en revanche pas avoir prévu la possibilité pour le créancier bénéficiant d'un privilège, de réaliser sa garantie par le biais d'une attribution en propriété. Cette limitation place le créancier privilégié dans une situation moins favorable que celle qui est reconnue aux autres créanciers bénéficiant de garanties réelles, qui ont le choix en cas de défaillance du débiteur, entre la vente du bien objet de la garantie, et son attribution conventionnelle ou judiciaire.

Implications. Cette exclusion de la réalisation par attribution du bien grevé est compréhensible concernant les privilèges généraux non publiés. Tout d'abord, leur caractère occulte, permettant à leurs bénéficiaires de ne se manifester qu'à l'occasion de la saisie aux fins de vente d'un des biens compris dans le patrimoine de leur débiteur, ne paraît pas compatible avec la conclusion d'une convention au titre de laquelle le créancier se verrait reconnaître le droit de s'approprier le bien en l'absence d'exécution de l'obligation garantie, que ce soit antérieurement ou postérieurement à la naissance du privilège. Ensuite, le caractère indéterminé des biens composant l'assiette de la garantie, et l'absence de volonté de la part du débiteur d'octroyer au créancier un droit spécial sur un bien particulier, pourraient justifier une absence de réalisation par attribution judiciaire.

Concernant les privilèges généraux soumis à publicité, et devant être inscrits dans un délai de six mois à compter de l'exigibilité de la créance garantie, s'il est difficile de concevoir le

bénéfice d'une attribution conventionnelle consentie au moment de la naissance du privilège, il est tout à fait envisageable que le débiteur, à l'exigibilité de la créance garantie, dans l'optique de se voir accorder un délai de paiement supplémentaire, accepte que le créancier puisse réaliser le privilège qui lui est reconnu par attribution sur un ou plusieurs biens précis de son patrimoine. Quant à la possibilité de réalisation par attribution judiciaire des privilèges généraux soumis à publicité, étant marqués, comme les privilèges généraux occultes, par le caractère indéterminé des biens sur lesquels ils portent, ainsi que par le défaut de volonté du débiteur d'accorder un droit spécial sur l'un de ses biens en particulier, sa mise à l'écart reste admissible.

Par contre, le choix d'exclusion de la réalisation des privilèges spéciaux par attribution en propriété du bien grevé pourrait se révéler plus discutable. Qu'il s'agisse du privilège du vendeur de meuble, du privilège du bailleur d'immeuble, du privilège du transporteur terrestre, du privilège du travailleur à domicile, du privilège des salariés des entreprises de travaux et de fournitures, du privilège du commissionnaire, ou enfin du privilège du conservateur, le bien faisant l'objet de la garantie est clairement déterminé. Il semble ici difficile de trouver des motifs légitimes, justifiant le fait que le créancier ne soit pas en mesure de réaliser le privilège dont il bénéficie, par le biais d'une attribution judiciaire. Par ailleurs, en raison du mode de constitution des privilèges spéciaux, il pourrait être difficile, mais pas impossible, de prévoir dès leur naissance, la possibilité qu'ils puissent se réaliser par la voie d'une attribution conventionnelle. Sur un autre plan, une convention postérieure à l'exigibilité de la dette garantie pourrait sans difficulté envisager l'attribution du bien en cas de défaillance du débiteur.

CONCLUSION DU TITRE II

L'analyse des règles ayant trait aux garanties réelles nous permet d'observer un socle commun, propice à la définition d'un droit réel des garanties réelles en droit OHADA. Ce socle commun a notamment trait à l'exigence de l'écrit à titre de validité des garanties réelles conventionnelles, au principe de spécialité affectant à la fois l'objet de la garantie et les créances garanties, à leur caractère indivisible, ainsi qu'à la publicité à laquelle les garanties réelles sont quasiment toutes soumises à titre d'opposabilité.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Inspiration française de l'AUS. Le Législateur OHADA, dans le cadre de l'élaboration des règles applicables aux garanties du crédit constituées au sein des Etats Parties à l'OHADA, s'est assez largement inspiré du Droit français, tant pour ce qui concerne l'AUS initial adopté le 17 avril 1997, que pour ce qui concerne l'AUS réformé adopté le 15 décembre 2010.

Garanties personnelles. En matière de garanties personnelles, seuls le cautionnement et la garantie autonome ont eu l'honneur de voir leurs régimes organisés ; de manière importante pour le premier mécanisme, de manière plus réduite pour le second.

Ce dernier, dont l'élément principal en favorisant l'efficacité réside dans sa relative autonomie par rapport à l'obligation qu'il garantit, est marqué par une plus grande facilité de réalisation en raison du caractère limité des moyens de défense dont le garant pourrait se prévaloir à l'encontre du créancier qui en est bénéficiaire. Cependant, en raison de la construction incomplète de son régime, sa principale faiblesse réside dans les incertitudes que sa constitution fait peser sur les créanciers qui en bénéficient.

Le premier, malgré la quantité non-négligeable de lacunes qu'il nous est encore possible de constater, contient de manière globalement satisfaisante au sein des règles qui lui sont consacrées, les réponses aux différentes interrogations qui pourraient naître dans l'esprit des créanciers qui en sont bénéficiaires. Par contre, il se caractérise par un nombre plus importants de moyens susceptibles de permettre au garant de faire échec à un appel en garantie émanant du créancier, en raison de l'importance du principe d'opposabilité par le garant, des exceptions appartenant au débiteur principal. Toutefois, cette faiblesse paraît relativement atténuée lorsqu'on compare les règles propres au cautionnement en vigueur au sein du Droit français, à celles qui sont prévues en Droit OHADA. Nous pouvons alors constater l'absence chez les secondes, des règles protectrices des cautions personnes physiques, introduites pour les premières, dans le Code de la consommation français.

En outre, pour ces deux garanties, les différents moyens de recours mis à la disposition du garant ayant répondu à l'appel en garantie émanant du créancier bénéficiaire, est de nature à favoriser une exécution volontaire des différentes obligations découlant de la garantie.

Garanties réelles. En matière de garanties réelles, la diversité des mécanismes est bien plus importante ; notamment lorsqu'il s'agit de garanties réelles mobilières. En effet, si

l'hypothèque est la seule véritable garantie réelle immobilière envisagée au sein de l'AUS, nous pouvons compter à côté des privilèges généraux, garanties transversales, plusieurs garanties réelles mobilières. Celles-ci se distinguent entre les garanties dites préférentielles, et les garanties dites exclusives. Parmi les garanties préférentielles, on reconnaît le gage, des nantissements spéciaux, et des privilèges spéciaux. Parmi les garanties exclusives, il est possible d'identifier le droit de rétention, la réserve de propriété, et des cas d'utilisation du transfert de propriété à titre de garantie.

Les secondes, dont la force principale réside dans l'absence de concours avec tout autre créancier du débiteur garanti ou même du constituant de la garantie, dans l'hypothèse de la constitution d'une garantie réelle pour autrui, ne se voient consacrer qu'un nombre limité de règles au sein de l'AUS. La plus significative de leurs faiblesses se trouve donc dans la construction insuffisante de leurs différents régimes.

Les premières, quoique laissant pointer quelques insuffisances, sont plus largement organisées. Le créancier bénéficiant de l'une d'elles est soumis à moins d'incertitudes concernant les différents ressorts de la garantie souscrite, mais doit faire face au concours d'autres créanciers qui pourraient lui être préférés.

S'il fallait faire ressortir un élément favorable commun à l'ensemble des garanties réelles organisées au sein de l'AUS, il s'agirait de la diversité des modes de réalisation. En effet, dans leur grande majorité, lorsque la nature du bien grevé y est compatible, la réalisation des garanties réelles du Droit OHADA peut se faire, selon ce qui conviendra le mieux au créancier bénéficiaire, par le biais de la vente après saisie, de l'attribution conventionnelle, ou de l'attribution judiciaire.

A côté de ces éléments internes à l'AUS, doivent être également considérés des éléments externes, susceptibles d'être déterminants pour l'efficacité des garanties du crédit en Droit OHADA.

PARTIE II : CONDITIONS D'EFFICACITE INSUFFISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS EXOGENES A L'AUS

Garanties du crédit et autres domaines du droit. Le droit des garanties du crédit ne peut véritablement être saisi sans que ne soit effectuée une analyse des rapports qu'il entretient avec les autres branches du droit privé. Naissant dans leur grande majorité d'un accord de volonté entre le garant et le créancier qui en bénéficie, la régularité de leur constitution ne peut s'apprécier en Droit OHADA, sans que n'aient été appréciées les règles de droit des obligations applicables au sein des différents Etats-Membres de l'OHADA.

Par son consentement à l'acte de garantie, le garant est susceptible d'engager, soit quelques éléments, soit l'ensemble de son patrimoine. Il est par conséquent utile de tenir compte des règles relatives au droit patrimonial, qu'elles aient trait au domaine général, ou au domaine spécifique du droit patrimonial de la famille.

Par ailleurs, en raison de leur caractère particulier, les personnes morales engageant leur patrimoine à l'occasion de la constitution d'une garantie, sont généralement soumises à un certain nombre de règles spéciales. Cela exige par conséquent que soient prises en compte les règles propres au droit des sociétés, en vigueur dans l'espace OHADA.

Il est également intéressant de mettre en relief la relation privilégiée qui unit le droit des garanties du crédit au droit des procédures civiles d'exécution. En effet, la réalisation des garanties, tant personnelles que réelles, lorsqu'elle est consécutive au refus du garant de répondre favorablement à une demande d'exécution de l'obligation souscrite, s'effectue en s'appuyant dans une majorité de cas, sur les modalités aménagées dans le cadre des procédures civiles d'exécution. De plus, nous pouvons noter que la réalisation de la garantie obtenue par un créancier est parfois susceptible d'être affectée par la mise en œuvre, par un autre créancier du garant, d'une procédure civile d'exécution.

Enfin, l'efficacité des garanties du crédit pourrait être mise à mal en raison d'une situation économique défavorable rencontrée par le garant. En effet, en dépit du fait que les garanties du crédit aient pour finalité d'assurer la satisfaction du créancier garanti dans l'hypothèse où le débiteur serait défaillant, leur efficacité pourrait être altérée du fait de difficultés rencontrées par le débiteur de l'obligation garantie. En Droit OHADA, seules les difficultés rencontrées par

les entreprises ont le privilège d'être abordées. Nous aborderons ainsi une analyse des règles propres au droit des entreprises en difficulté, dans le sens du rapport qu'elles entretiennent avec les garanties du crédit.

Garanties du crédit et contexte. A côté des relations entretenues par le droit des garanties du crédit avec les autres domaines du droit privé, il faut tenir compte, pour pouvoir s'assurer de l'efficacité des garanties, du contexte dans lequel celles-ci sont mises en œuvre. En effet, la volonté du Législateur OHADA d'assurer aux garanties réelles une efficacité optimale ne peut se traduire concrètement que si les règles édictées sont véritablement appliquées par les autorités qui en ont la responsabilité au sein des Etats-Membres de l'OHADA. En outre, les dispositions du droit OHADA se doivent d'être compatibles avec le contexte social, économique, ou encore politique dans lequel elles sont supposées s'inscrire. Ces considérations nous renvoient à la question de l'effectivité du droit OHADA des garanties du crédit.

Plan. Ces données pourraient être réparties en deux catégories : l'une relative à l'analyse des liens existant entre l'AUS et les autres matières du droit privé organisées au sein du Droit OHADA, révélant la dispersion au sein même du droit OHADA, des règles applicables aux garanties du crédit (TITRE I) ; l'autre relative aux facteurs d'efficacité et d'inefficacité pouvant être identifiés hors du domaine construit par le Droit OHADA, et permettant de faire le constat d'un niveau anormalement élevé d'insécurité juridique et judiciaire (TITRE II).

TITRE I : LIMITES LIEES A LA DISPERSION DES REGLES DE DROIT OHADA AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT

Garanties du crédit et difficultés des entreprises. L'efficacité des garanties du crédit ne saurait se concevoir, du fait de leur caractère accessoire, sans que ne soit conduite une analyse poussée des effets que pourraient produire, au niveau de la réalisation de celles-ci, les difficultés rencontrées par les débiteurs des créances garanties. Ces difficultés peuvent faire l'objet d'un traitement dans le cadre d'une procédure de surendettement, pour ce qui concerne les débiteurs personnes physiques non professionnelles. Lorsqu'elles concernent des débiteurs personnes morales ou personnes physiques professionnelles, elles sont traitées dans le cadre d'une procédure collective.

Cependant, le Législateur OHADA a fait le choix d'ignorer complètement le sort des débiteurs personnes physiques non professionnelles se trouvant en situation de surendettement. Seules les difficultés rencontrées par les personnes morales de droit privé font l'objet d'un intérêt de sa part. Il a ainsi consacré un acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC).

Garanties du crédit et réalisation. Cette efficacité ne peut non plus être envisagée sans qu'une appréciation des conséquences résultant de l'application des règles relatives aux procédures civiles d'exécution ne soit effectuée. Celles-ci sont réunies au sein du Droit OHADA dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE).

Garanties du crédit et sociétés. Enfin, dans un degré moindre, mais loin d'être négligeable, l'efficacité des garanties du crédit est susceptible de subir l'influence des règles relatives au droit des sociétés. Ces règles se retrouvent en Droit OHADA au sein de deux Actes uniformes : l'un est relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) ; l'autre est relatif au droit des sociétés coopératives (AUSC).

Ainsi, ce titre sera pour nous l'occasion d'analyser les interférences que pourraient avoir les règles figurant au sein de l'AUS avec celles qui sont inscrites dans l'AUSCGIE et l'AUSC d'une part (CHAP I), avec celles qui apparaissent dans l'AUPC d'autre part (CHAP II), et enfin avec celles qui figurent dans l'AUPSRVE (CHAP III).

CHAP I : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES SOCIETES

AUSCGIE et AUSCOOP. Le Droit OHADA consacre deux Actes uniformes au droit des sociétés : l'un est relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, adopté le 17 avril 1997, mais ayant fait l'objet d'une révision le 30 janvier 2014⁴⁵³ ; l'autre est relatif au droit des sociétés coopératives, adopté le 15 décembre 2010. De multiples règles composant ces Actes uniformes sont déterminantes pour l'appréciation de l'efficacité des garanties du crédit dont le régime a été organisé par le Législateur OHADA. Certaines concernent la conclusion de garanties personnelles ou réelles par les sociétés (SECTION I), d'autres ont trait à la constitution de garanties portant sur la société, ou plus précisément sur des biens représentant la détention d'un droit de propriété total ou partiel sur la société (SECTION II).

SECTION I : EFFICACITE DES GARANTIES ACCORDEES PAR LES SOCIETES

Principe de spécialité. Les personnes morales sont soumises, dans le cadre de leur activité, au respect du principe dit de spécialité. Le respect de ce principe implique que les engagements pris par les sociétés puissent rentrer dans le périmètre de leur objet social. L'appréciation des conditions de constitution des garanties par les sociétés permet de constater qu'à quelques exceptions près, les garanties personnelles et les garanties réelles prévues par le Droit OHADA subissent de la même manière l'influence des règles relatives au droit des sociétés. Certaines de ces conditions de constitution sont communes aux sociétés coopératives et aux sociétés commerciales (§2). Mais avant de les aborder, il pourrait, une fois n'est pas coutume, être intéressant de faire ressortir celles par lesquelles elles se distinguent (§1). Par ailleurs, nous

⁴⁵³ La réforme de l'AUSCGIE du 30 janvier 2014, a fait l'objet d'une publication au Journal Officiel de l'OHADA le 4 février 2014, et est entrée en vigueur le 5 mai 2014 conformément aux prescriptions de l'article 9 du Traité OHADA.

pouvons constater que le législateur OHADA laisse sans solution la problématique de la constitution des garanties par les sociétés civiles (§3).

§1- Règles de constitution distinguant les sociétés coopératives des sociétés commerciales

Plan. Les règles entourant la constitution des garanties du crédit par les sociétés, au sein du Droit OHADA, révèlent une complexité plus importante lorsqu'elles concernent les sociétés commerciales (II), que lorsqu'il s'agit de sociétés coopératives (I).

I- Constitution de garanties par les sociétés coopératives

Plan. Parmi les règles de constitution des garanties propres aux sociétés coopératives, certaines sont communes (A), d'autres sont particulières à chacun des deux types de sociétés coopératives prévus par l'AUSCOOP (B).

A- Conditions communes aux sociétés coopératives

Notion. La société coopérative est définie à l'article 4 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives (AUSCOOP) comme étant « un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs »⁴⁵⁴.

Nature des actes conclus. Les sociétés coopératives ne sont pas limitées par la nature des activités qu'elles pourraient mener. Celles-ci pourraient en effet être aussi bien civiles que commerciales. Le caractère civil ou commercial de l'activité des sociétés coopératives n'a, en Droit OHADA, aucune influence sur le type de règles qui leur sont applicables ; puisqu'elles sont dans tous les cas régies par les dispositions de l'AUSCOOP⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Les personnes s'associant dans le cadre d'une société coopérative sont désignées par le terme « coopérateurs ». En plus de sa qualité d'associé, le coopérateur a la particularité de participer effectivement aux activités de la société coopérative ; agissant en tant que prestataire de service, en tant que fournisseur, ou encore en tant que client.

⁴⁵⁵ Article 1^{er} alinéa 3 de l'AUSCOOP : « Nonobstant les dispositions des articles 1^{er} et 6 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, les sociétés coopératives qui exercent une activité commerciale sont soumises aux dispositions du présent Acte Uniforme ».

En vertu du principe de spécialité affectant l'ensemble des personnes morales, les actes accomplis par les sociétés coopératives doivent être destinés à la réalisation de leur objet social. Or, il est difficilement concevable que les sociétés coopératives inscrivent dans leurs statuts, à titre d'objet social principal, la fourniture de garanties personnelles ou réelles ; à moins qu'elles n'aient été admises à exercer en tant qu'établissement de crédit.

Il est cependant tout à fait possible d'admettre qu'une société coopérative puisse constituer une garantie réelle en vue de couvrir l'exécution d'une obligation dont elle est débitrice, dans le sens où il ne fait pas de doute qu'une telle garantie contribuerait à la réalisation de l'objet social. Il est également possible d'envisager que les sociétés coopératives puissent garantir, de manière exceptionnelle, l'exécution d'obligations contractées par des tiers, en s'engageant à titre de garant personnel ou en constituant une garantie réelle. Il faudrait, pour que cela soit admis, que l'acte de garantie puisse être rattaché à l'objet social principal de la société, sur la base notamment du but poursuivi, pouvant être celui de permettre ou de faciliter la réalisation de l'objet social.

Les sociétés coopératives se répartissent en deux catégories : les sociétés coopératives simplifiées, et les sociétés coopératives avec conseil d'administration. Chacune de ces catégories connaît des règles différentes lorsqu'il s'agit de la constitution de garanties du crédit destinées à couvrir l'exécution d'obligations contractées par des tiers. La direction des premières est assurée par un organe dénommé comité de gestion⁴⁵⁶ ; tandis que la conduite des secondes est le fait d'un conseil d'administration⁴⁵⁷.

Engagement des sociétés coopératives. De manière générale, les dirigeants des sociétés coopératives engagent à l'égard des tiers, par leurs actes, quelle qu'en soit la nature, les sociétés qu'ils ont reçu la charge de conduire. Ce principe est susceptible d'être écarté principalement dans deux cas : lorsque la personne se prévalant de l'acte conclu ne peut se voir reconnaître la qualité de contractant de bonne foi ; et lorsque la loi apporte une limite spéciale aux pouvoirs du dirigeant. La limitation des pouvoirs du dirigeant est prévue pour certaines catégories de sociétés coopératives, concernant la conclusion de certains types d'actes.

⁴⁵⁶ Article 223 alinéa 1^{er} de l'AUSCOOP : « La société coopérative simplifiée est dirigée par un comité de gestion composée de trois membres au plus. Lorsque le nombre de coopérateurs est au moins de cent ou lorsque ce seuil est atteint en cours de vie sociale, le nombre de membres du comité de gestion peut être porté par les statuts de trois à cinq ».

⁴⁵⁷ Article 292 de l'AUSCOOP : « La société coopérative avec conseil d'administration est administrée par un conseil d'administration composé de trois membres au moins, et de douze membres au plus ».

L'exécution des obligations découlant des actes affectés par l'une au moins des deux exceptions indiquées ne peut être imposée aux sociétés coopératives concernées. En effet, l'article 95 de l'AUSCOOP dispose : « A l'égard des personnes de bonne foi autres que les coopérateurs, les organes de gestion ou d'administration ont, dans les limites fixées par le présent Acte uniforme pour chaque type de société coopérative, tout pouvoir pour engager la société coopérative, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux personnes autres que les coopérateurs ».

Concernant la première exception, seront considérées comme n'étant pas de bonne foi, les personnes concluant avec les dirigeants de la société coopérative des actes n'entrant pas dans le périmètre de l'objet social⁴⁵⁸, dès lors qu'il sera établi qu'ils avaient connaissance du fait que l'acte conclu constituait un dépassement de l'objet social. La preuve de l'absence de bonne foi du cocontractant de la société coopérative est, dans certaines situations, légèrement facilitée ; puisque seront considérées comme n'étant pas de bonne foi, les personnes qui, au regard des circonstances, ne pouvaient ignorer que l'acte conclu dépassait l'objet social⁴⁵⁹. Dans un sens moins favorable aux sociétés coopératives, le législateur OHADA limite la force probante de la publication des statuts. En effet, toute personne souhaitant rendre inefficace un acte conclu par une société coopérative n'entrant pas dans le périmètre de l'objet social, ne peut se prévaloir de la seule publication des statuts pour établir l'absence de bonne foi du cocontractant. La mise en avant de cette publication doit s'accompagner d'autres éléments pour que puisse être *a minima* admis le fait que, le cocontractant ne pouvait ignorer, au moment de la conclusion de l'acte, le dépassement de l'objet social.

Concernant la seconde exception, relative aux limites posées par la loi quant au pouvoir d'engager régulièrement une société coopérative, nous constaterons que seuls les actes passés par les sociétés coopératives à conseil d'administration font l'objet d'une certaine restriction.

⁴⁵⁸ Article 96 alinéa 1^{er} de l'AUSCOOP : « Dans les rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, les organes de gestion ou d'administration engagent la société coopérative par les actes entrant dans l'objet social, sauf dispositions contraires du présent Acte uniforme ».

⁴⁵⁹ Article 96 alinéa 2 de l'AUSCOOP : « La société coopérative est engagée par les actes de gestion ou d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elles ne prouvent que les personnes autres que les coopérateurs savaient que l'acte dépassait cet objet ou qu'elles ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que le seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

B- Points de divergence

Conditions particulières aux sociétés coopératives simplifiées. Dans les sociétés coopératives simplifiées en effet, le législateur indique simplement concernant la possibilité d'engager la société à l'égard des tiers que : « Dans les rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, le comité de gestion engage la société coopérative simplifiée par les actes entrant dans l'objet social »⁴⁶⁰. En reproduisant ainsi presque à l'identique le premier alinéa de l'article 96 de l'AUSCOOP sus-évoqué, le législateur OHADA indique que les règles applicables à l'engagement des sociétés coopératives simplifiées ne présentent pas de spécificité particulière par rapport aux règles communes précédemment précisées.

Par conséquent, appliquant ces principes aux garanties du crédit, nous pouvons estimer qu'en principe, toute garantie personnelle ou réelle consentie par un comité de gestion au nom d'une société coopérative simplifiée, en vue de couvrir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers, engage normalement la société coopérative, que cet acte entre ou non dans le périmètre de l'objet social. Il est permis à la société d'échapper à l'obligation d'exécuter son engagement, dans l'hypothèse où est constatée la défaillance du débiteur principal, lorsqu'est établie l'absence de bonne foi au moment de la conclusion de la convention de garantie, du créancier bénéficiaire.

Conditions particulières aux sociétés coopératives à C.A. Pour ce qui est des règles particulières aux sociétés coopératives à conseil d'administration, le législateur OHADA reprend pareillement les principes communs encadrant l'engagement des sociétés coopératives. Il indique notamment, par le biais de l'article 309 de l'AUSCOOP, que le conseil d'administration, organe dirigeant, engage en principe la société coopérative par tous ses actes. L'application de ce principe est écartée lorsque deux conditions sont réunies : l'acte conclu ne relève pas de l'objet social de la société, et il est établi que le cocontractant n'était pas, au moment de la conclusion de l'acte, de bonne foi⁴⁶¹.

Il semble toutefois important de souligner une certaine spécificité concernant les organes dirigeants des sociétés coopératives avec conseil d'administration. Le droit OHADA permet au conseil d'administration de nommer un directeur ou un directeur général, devant

⁴⁶⁰ Article 228 alinéa 2 de l'AUSCOOP.

⁴⁶¹ Article 309 de l'AUSCOOP : « Dans ses rapports avec les personnes autres que les coopérateurs, la société coopérative avec conseil d'administration est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que celles-ci savaient que l'acte dépassait cet objet ou qu'elles ne pouvaient l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffisent à constituer cette preuve ».

nécessairement être une personne physique n'occupant pas de fonction d'administrateur⁴⁶². Le conseil d'administration délègue à ce dernier une partie de ses pouvoirs de gestion. Il en fixe l'étendue dans le contrat de travail liant la société coopérative au responsable chargé de direction⁴⁶³.

A l'égard des tiers, le responsable chargé de direction ne peut se voir reconnaître le pouvoir d'engager la société coopérative que lorsque le conseil d'administration l'y autorise. Cette autorisation n'est cependant pleinement efficace que lorsqu'elle fait l'objet d'une publication au Registre des Sociétés Coopératives (RSC)⁴⁶⁴. En l'absence de publication au RSC, le conseil d'administration devrait demeurer seul compétent pour engager la société coopérative auprès des tiers. Lorsque l'autorisation accordée par le conseil d'administration est publiée, la société coopérative est engagée à l'égard des tiers, par tous les actes passés en son nom par le responsable chargé de direction, que ceux-ci rentrent ou non dans le périmètre de l'objet social⁴⁶⁵.

On pourrait penser ici que, les pouvoirs accordés au responsable chargé de direction résultant d'un transfert des pouvoirs reconnus au conseil d'administration, ils seraient affectés par les mêmes limites. Ainsi, outre les limites légales spéciales, on pourrait concéder le fait que, les actes conclus par le responsable chargé de direction au nom de la société coopérative, ne soient pas admis à engager cette dernière en cas de dépassement de l'objet social, dès lors qu'est reconnue l'absence de bonne foi du cocontractant bénéficiaire au moment de leur conclusion.

Cette absence de bonne foi devrait être reconnue à la condition que soit établie la connaissance par le cocontractant, au moment de l'engagement, du dépassement de l'objet social. Il devrait en être de même lorsqu'au regard des circonstances, il s'avère que le cocontractant ne pouvait

⁴⁶² Article 329 de l'AUSCOOP : « Le conseil d'administration peut, après consultation du conseil de surveillance, recruter et nommer, en dehors de ses membres, un directeur ou un directeur général qui doit être une personne physique ».

⁴⁶³ Article 331 alinéa 1^{er} de l'AUSCOOP : « Le conseil d'administration détermine, à travers le contrat de travail qui lie le responsable chargé de direction à la société coopérative, l'étendue des pouvoirs de gestion qui lui sont délégués ».

⁴⁶⁴ Article 332 alinéa 2 de l'AUSCOOP : « Le conseil d'administration peut autoriser, sous sa responsabilité, le responsable chargé de direction à engager la société coopérative avec conseil d'administration à l'égard des personnes autres que les coopérateurs. Cette autorisation fait l'objet d'une publication au Registre des Sociétés coopératives ».

⁴⁶⁵ Article 332 alinéa 1^{er} de l'AUSCOOP : « Dans ses rapports avec les tiers de bonne foi, la société coopérative avec conseil d'administration est engagée, même par les actes du responsable chargé de direction qui ne relèvent pas de l'objet social ».

ignorer le dépassement de l'objet social ; la seule publication des statuts n'étant toutefois pas suffisant pour affirmer que le cocontractant ne pouvait ignorer le dépassement de l'objet social.

Cependant, par opposition aux sociétés coopératives simplifiées, les sociétés coopératives avec conseil d'administration connaissent des limitations légales particulières au pouvoir qu'a l'organe de direction d'engager valablement la société coopérative auprès des tiers. Le non-respect de cette limitation rend l'acte inefficace à l'égard de la société coopérative, et ce, indépendamment de sa conformité à l'objet social, ou encore de la bonne foi du cocontractant qui en bénéficie, au moment de sa conclusion.

Cette limitation concerne notamment les garanties du crédit. En effet, pour qu'une société coopérative avec conseil d'administration soit régulièrement engagée par un acte de garantie personnelle, ou par la constitution d'une garantie réelle, il est nécessaire que celui-ci fasse l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration⁴⁶⁶. Cette exigence n'apporte pas de bouleversement particulier lorsque le conseil d'administration conserve le monopole de la direction de la société coopérative, puisque la conclusion de tout acte suppose son aval. Mais lorsque nous nous trouvons dans l'hypothèse où un responsable chargé de direction a été nommé, et a reçu le pouvoir d'engager la société coopérative à l'égard des tiers, ce pouvoir est restreint dans le cas où l'engagement à souscrire est une garantie personnelle ou réelle. Le responsable chargé de direction sera tenu de solliciter une autorisation spéciale du conseil d'administration avant d'accorder toute garantie couvrant l'exécution de l'obligation d'un tiers. Du moins, le créancier bénéficiaire devra s'assurer de la délivrance de cette autorisation préalable s'il souhaite efficacement mettre en œuvre la garantie obtenue à la suite d'une défaillance du débiteur principal.

II - Constitution de garanties par les sociétés commerciales

Notion. Sur le fondement du premier alinéa de l'article 6 de l'AUSCGIE, une société peut être qualifiée de commerciale sur la base de la nature de son activité, ou en fonction de la forme sous laquelle elle a été constituée⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Article 312 alinéa 1^{er} de l'AUSCOOP : « Sous réserve des dispositions légales ou réglementaires spécifiques aux activités exercées, les cautions, avals et garanties, souscrits par la société coopérative avec conseil d'administration pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration ».

⁴⁶⁷ Article 6 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Le caractère commercial d'une société est déterminé par sa forme ou par son objet ».

Les sociétés qui sont commerciales en raison de leur activité sont celles qui exercent, à titre principal, des actes de commerce par nature, selon la définition et l'énumération établie par le droit OHADA à l'article 3 de l'AUDCG⁴⁶⁸. Les sociétés qui sont commerciales en raison de leur forme sont celles qui, indépendamment de la nature civile ou commerciale de leur activité, seront toujours considérées comme étant des sociétés commerciales, en raison de la forme de société choisie par ceux qui les auront constituées. Le législateur OHADA dénombre cinq formes de sociétés : les SA, les SARL, les SNC, les SCS, et les SAS⁴⁶⁹.

L'étude du régime auquel sont soumises ces formes de sociétés permet de dévoiler un statut commun aux sociétés commerciales. Ce statut commun s'étend à la constitution de garanties personnelles et réelles (A). Nous pouvons toutefois relever que la constitution de garanties par les sociétés anonymes comporte un certain nombre de particularités (B).

A- Règles communes aux sociétés commerciales

Pouvoir d'engager une société commerciale. En principe dans les sociétés commerciales, les dirigeants sociaux disposent des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société. En effet, l'article 121 de l'AUSCGIE dispose : « A l'égard des tiers, les organes de gestion, de direction et d'administration ont, dans les limites fixées au présent Acte Uniforme pour chaque type de société, tout pouvoir pour engager la société, sans avoir à justifier d'un mandat spécial. Toute limitation de leurs pouvoirs légaux par les statuts est inopposable aux tiers de bonne foi ».

Ainsi, tous les actes des dirigeants sociaux conclus au nom des sociétés commerciales dont ils ont la charge, engagent normalement celles-ci à l'égard des tiers.

Limites. Ce principe est néanmoins susceptible de recevoir quelques exceptions. Ces exceptions peuvent tout d'abord être légales, établies notamment dans le cadre des dispositions particulières à certaines sociétés commerciales. Ces exceptions peuvent également être statutaires, car les pouvoirs des dirigeants sociaux peuvent être régulièrement restreints à travers les statuts.

⁴⁶⁸ Article précédemment cité.

⁴⁶⁹ Article 6 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Sont commerciales à raison de leur forme et quel que soit leur objet, les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes et les sociétés par actions simplifiées ».

Efficacité des limites statutaires. Toutefois, les engagements pris par les dirigeants des sociétés commerciales en infraction aux limites statutaires ne peuvent être remis en cause que lorsqu'est établie l'absence de bonne foi des cocontractants. Cette bonne foi fait défaut lorsque le cocontractant a eu connaissance, au moment de la conclusion de l'acte contesté, de l'absence de pouvoir du dirigeant. On pourrait penser, dans un sens conforme à ce que le législateur OHADA précise au sein des règles applicables aux sociétés coopératives, que la seule publication des statuts ne saurait suffire à présumer de la connaissance par le cocontractant, des limites posées aux pouvoirs des dirigeants sociaux.

Les conditions d'efficacité de la limitation statutaire des pouvoirs des dirigeants sociaux, tels qu'indiqués au sein des règles générales d'engagement des sociétés commerciales à l'égard des tiers, sont confirmées au sein des règles particulières aux SNC. Il est notamment précisé au troisième alinéa de l'article 277-1 de l'AUSCGIE que : « Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers de bonne foi »⁴⁷⁰.

Une formule identique est d'ailleurs reprise au sein des règles particulières aux SARL ; plus précisément au troisième alinéa de l'article 329 de l'AUSCGIE⁴⁷¹. Une disposition allant dans le même sens est également identifiée au sein des règles propres aux SA avec conseil d'administration ; qu'elles soient dirigées par un président-directeur général⁴⁷² ou par un directeur général⁴⁷³ ; et au sein des règles particulières aux SA avec administrateur général⁴⁷⁴.

Inefficacité dans les SAS. Le cas des SAS présente toutefois une certaine singularité, puisque les limites posées statutairement aux pouvoirs des dirigeants sociaux des SAS sont privées de tout effet à l'égard des tiers. Le législateur OHADA dispose notamment à ce propos, au quatrième alinéa de l'article 853-8 de l'AUSCGIE, que : « Les clauses des statuts, les décisions des organes sociaux limitant les pouvoirs du président, du directeur général ou directeur général adjoint sont inopposables aux tiers ». Il semblerait, au regard de la rédaction de ce texte, par

⁴⁷⁰ Cette règle s'applique également aux SCS puisque, nous le verrons plus précisément postérieurement, les pouvoirs des gérants des SCS sont par le biais d'un renvoi, calqués sur ceux qui sont reconnus aux SNC.

⁴⁷¹ Article 329 alinéa 3 de l'AUSCGIE : « Les clauses statutaires limitant les pouvoirs des gérants qui résultent du présent article sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

⁴⁷² Article 465 alinéa 6 de l'AUSCGIE : « Les clauses des statuts, les délibérations des assemblées générales ou les décisions du conseil d'administration limitant les pouvoirs du président-directeur général sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

⁴⁷³ Article 488 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Les clauses des statuts, les décisions des assemblées ou du conseil d'administration limitant ces pouvoirs sont inopposables aux tiers de bonne foi ».

⁴⁷⁴ Article 498 alinéa 5 de l'AUSCGIE : « Les clauses des statuts ou les résolutions de l'assemblée générale des actionnaires limitant les pouvoirs de l'administrateur général ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi ».

opposition à ceux qui concernent les autres types de sociétés commerciales, que la connaissance par le cocontractant, de l'existence et du contenu des clauses statutaires limitatives, soit sans effet sur l'efficacité de la convention les enfreignant.

Pouvoir d'accorder une garantie. Nous pouvons donc conclure à l'issue de ces développements, qu'en dehors des limitations légales définies spécialement pour certains types de sociétés commerciales, les garanties personnelles ou réelles consenties par les dirigeants sociaux au nom des sociétés dont ils ont la responsabilité, afin de couvrir des engagements contractés par des tiers, engagent régulièrement la société. Exception faite des SAS, ces sociétés pourraient échapper à un appel en garantie consécutif à la défaillance du débiteur principal, s'il venait à être établi que l'engagement pris était proscrié ou soumis à l'accomplissement de certaines conditions, au regard des dispositions statutaires, et qu'au moment de la conclusion de la garantie, le créancier bénéficiaire avait conscience de l'infraction commise par le dirigeant.

Conformité à l'objet social. Par ailleurs, nous pouvons constater qu'au sein des règles générales applicables aux sociétés commerciales, dans un sens similaire à ce qu'il prévoit pour les sociétés coopératives, le législateur OHADA traite de la question de la conformité à l'objet social des actes passés par les dirigeants sociaux. Il prévoit notamment à l'article 122 de l'AUSCGIE que : « La société est engagée par les actes des organes de gestion, de direction et d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, sans que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». Le principe découlant de ce texte s'applique normalement à l'ensemble des sociétés commerciales. Néanmoins l'analyse des règles spécifiquement édictées pour chaque type de société commerciale peut afficher quelques singularités.

Cas des SARL. Lorsqu'il s'agit d'aborder le cas des SARL, on constate que les actes passés par le gérant au nom de la SARL qu'il dirige, même lorsqu'ils ne sont pas conformes à l'objet social de la société, engagent régulièrement celle-ci. Ce principe est néanmoins mis en échec lorsqu'il est établi qu'au moment de la conclusion de l'acte, le cocontractant au profit duquel le gérant a engagé la société n'était pas de bonne foi. En effet, il apparaît au second alinéa de l'article 329 de l'AUSCGIE que : « La société est engagée, même par les actes du gérant qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ». Ainsi la preuve de l'absence de bonne

foi du cocontractant incombe à la personne qui conteste la régularité de l'engagement. Il s'agit normalement de la société. Mais il pourrait également s'agir d'un des créanciers de celle-ci, ayant intérêt à ce que l'acte soit déclaré inefficace.

Cas des SA. Pour ce qui est des SA, le législateur OHADA apporte une solution identique sur le fond, au sort des actes passés par le dirigeant d'une société, qui ne rentrent pas dans le périmètre de l'objet social.

Pour les actes conclus par les SA avec conseil d'administration, les textes sont différents selon que la conduite de la société a été confiée à un président-directeur général ou à un directeur général. En ce qui concerne les cas dans lesquels la SA est dirigée par un président-directeur général, le cinquième alinéa de l'article 465 de l'AUSCGIE précise que : « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président-directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus ». Pour les cas dans lesquels la SA est dirigée par un directeur général, il est indiqué au premier alinéa de l'article 488 de l'AUSCGIE que : « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée, même par les actes du directeur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus ».

Pour les actes conclus par les SA avec administrateur général, le quatrième alinéa de l'article 498 de l'AUSCGIE dispose : « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes de l'administrateur général qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus ».

L'article 122 de l'AUSCGIE auquel renvoient ces trois textes, nous l'avons précédemment vu, prive le cocontractant dont l'absence de bonne foi au moment de la conclusion de l'acte a été établie, de la possibilité de contraindre la société à répondre à l'engagement pris, en son nom, par celui qui en a la direction, au mépris des limites fixées par l'objet social.

Cas des SAS. Les règles établies sur cette question pour les SAS vont dans le même sens puisque le second alinéa de l'article 853-8 de l'AUSCGIE dispose que : « Dans ses rapports avec les tiers, la société est engagée par les actes du président qui ne relèvent pas de l'objet social, dans les conditions et limites fixées à l'article 122 ci-dessus ».

Cas des SNC et SCS. La logique suivie concernant la régularité des actes passés par les SNC et les SCS semble cependant, sur ce point, différente. En effet, si nous nous référons au premier alinéa de l'article 277-1 de l'AUSCGIE, qui dispose que « dans les rapports avec les tiers, le

gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social », nous devons admettre que les actes passés par le gérant d'une SNC au nom de cette dernière ne l'obligent pas lorsqu'il est constaté qu'ils n'entrent pas dans le cadre de l'objet social, indépendamment du fait que le cocontractant ait été ou non de bonne foi au moment de la conclusion de l'acte. Les SCS étant soumises, au titre de l'article 298 de l'AUSCGIE⁴⁷⁵, aux mêmes règles que les SNC concernant les conditions de leur engagement à l'égard des tiers, elles ne pourront être contraintes de répondre aux obligations nées d'actes passés, en leur nom, par leurs dirigeants dans l'hypothèse où ces actes ne rentreraient pas dans le périmètre de leur objet social.

Garanties du crédit et conformité à l'objet social. La constitution de garanties, personnelles comme réelles, visant à couvrir l'exécution d'engagements contractés par des tiers, peut difficilement rentrer dans la définition de l'objet social d'une société commerciale, si l'on excepte bien évidemment les sociétés dont l'activité principale consiste à la réalisation d'opérations de crédit. Certains actes de garantie pour autrui pourraient néanmoins, de manière indirecte, être rattachés à l'objet social de la société. C'est notamment le cas lorsque la garantie consentie permet à l'un des partenaires commerciaux de la société de maintenir ou de développer son activité ; celle-ci s'avérant essentielle au bon développement de l'activité du garant.

Exception faite des types de sociétés pour lesquelles le législateur OHADA fixe spécifiquement des limites à la conclusion de garanties personnelles ou réelles pour autrui, les sociétés commerciales autres que les SNC et les SCS, au nom desquelles des dirigeants ont conclu des garanties pour couvrir l'exécution d'engagements pris par des tiers, au mépris de l'objet social, sont néanmoins tenus de répondre à tout appel en garantie qui en résulterait. Possibilité leur est néanmoins laissée d'y échapper, lorsqu'elles parviennent à établir que le créancier bénéficiaire n'était pas de bonne foi au moment de la conclusion de la garantie, car ayant eu conscience du dépassement de l'objet social par le dirigeant.

Pour ce qui est des garanties personnelles ou réelles pour autrui consenties au nom des SNC et des SCS par leurs dirigeants, il est nécessaire qu'elles puissent être rattachées à l'objet social pour que la société soit tenue d'y répondre à la suite d'une défaillance du débiteur principal.

⁴⁷⁵ Article précité.

B- Règles de constitution particulières aux SA

Restriction des pouvoirs des dirigeants sociaux. En complément des règles communes d'engagement des sociétés commerciales, le législateur OHADA envisage, spécialement pour les SA, des règles durcissant les conditions auxquelles un créancier pourrait efficacement bénéficier d'une garantie consentie par les dirigeants sociaux afin de couvrir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers. Il est important de noter que les conditions de constitution des garanties pour autrui sont également fonction du mode d'administration choisi par les associés de la SA ; choix que l'on retrouve notamment dans les statuts. En effet, les règles à respecter seront sensiblement différentes selon que ces garanties émaneront de SA avec conseil d'administration (1) ou plutôt de SA avec administrateur général⁴⁷⁶⁴⁷⁷ (2).

1- SA avec conseil d'administration

Exigence d'une autorisation du conseil d'administration. En fonction du choix opéré par les actionnaires, le dirigeant habilité à accorder une garantie au nom d'une SA avec conseil d'administration est le président-directeur général⁴⁷⁸ ou le directeur général⁴⁷⁹. Avant toute constitution de garantie personnelle ou réelle pour autrui par le dirigeant, une autorisation du conseil d'administration est exigée. En effet, le législateur OHADA indique au premier alinéa de l'article 449 de l'AUSCGIE que : « Les cautionnements, avals, garanties autonomes, contre-garanties autonomes et autres garanties souscrits par des sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de microfinance ou d'assurance caution dûment agréés et pour des engagements pris par des tiers font l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration. ».

⁴⁷⁶ Article 414 de l'AUSCGIE révisé : « Le mode d'administration de chaque société anonyme est déterminé de manière non équivoque par les statuts qui choisissent entre : la société anonyme avec conseil d'administration ; la société anonyme avec administrateur général. »

⁴⁷⁷ Il ressort de l'article 494 de l'AUSCGIE révisé que seules « les sociétés anonymes comprenant un nombre d'actionnaires égal ou inférieur à trois ont la faculté de ne pas constituer un conseil d'administration et peuvent désigner un administrateur général qui assume, sous sa responsabilité, les fonctions d'administration et de direction de la société. »

⁴⁷⁸ Article 465 alinéas 1 et 2 de l'AUSCGIE : « Le président-directeur général préside le conseil d'administration et les assemblées générales. Il assure la direction générale de la société et représente celle-ci dans ses rapports avec les tiers ».

⁴⁷⁹ Article 487 alinéa 1^{er} : « Le directeur général assure la direction générale de la société. Il la représente dans ses rapports avec les tiers ».

L'autorisation accordée par l'assemblée générale peut être spéciale ou générale. Elle est spéciale lorsqu'elle est accordée uniquement pour la réalisation d'une opération préalablement déterminée.

Elle est générale, lorsque l'assemblée générale autorise le dirigeant de la société, pour une période d'une durée limitée ou non, à accorder des garanties personnelles ou réelles au nom de la société.

Dans cette hypothèse, il est possible que l'autorisation accordée par l'assemblée générale pose une limite liée au nombre de garanties pouvant être constituées par les dirigeants au nom de la SA.

Il est également possible que l'autorisation accordée envisage un plafond quant au montant des obligations garanties pour une période donnée. Deux types de plafonds pourraient être ici envisagés : un plafond global et un plafond particulier⁴⁸⁰. Le plafond global est relatif au seuil que ne devrait pas franchir le montant cumulé des garanties personnelles et réelles consenties sur le fondement de l'autorisation accordée. Le plafond particulier est relatif au seuil que ne devrait franchir aucune des garanties consenties prises individuellement. Ces plafonds pourraient être cumulativement ou alternativement exigés. Dans l'hypothèse où une société souhaiterait constituer une garantie pour un montant allant au-delà de l'un ou l'autre de ces plafonds, une autorisation spéciale serait indispensable⁴⁸¹.

Il est toutefois important de préciser que les autorisations accordées par le conseil d'administration au dirigeant de la SA avec conseil d'administration pour la constitution de garanties pour autrui ne peuvent être valables pour plus d'une année. En effet, il ressort du cinquième alinéa de l'article 449 de l'AUSCGIE que, la durée des autorisations données par le conseil d'administration « ne peut être supérieure à un an quelle que soit la durée des engagements cautionnés, avalisés ou garantis ».

Sanction : la nullité. En principe, la garantie pour autrui constituée au nom d'une SA avec conseil d'administration, sans autorisation préalable du conseil d'administration, est sanctionnée par la nullité de l'engagement. Il est notamment précisé au septième alinéa de

⁴⁸⁰ Article 449 alinéas 2 et 3 de l'AUSCGIE révisé : « Le conseil d'administration peut, dans la limite d'un montant total qu'il fixe, autoriser le président directeur général ou le directeur général, selon les cas, à donner des cautionnements, avals, garanties, garanties autonomes ou contre-garanties autonomes pour des engagements pris par des tiers. Cette autorisation peut également fixer, par engagement, un montant au-delà duquel le cautionnement, l'aval, la garantie autonome ou la contre-garantie autonome de la société ne peut être donné. »

⁴⁸¹ Article 449 alinéa 4 de l'AUSCGIE révisé : « Lorsqu'un engagement dépasse l'un ou l'autre des montants ainsi fixés, l'autorisation du conseil d'administration est requise. »

l'article 449 de l'AUSCGIE que : « Les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties donnés, sans autorisation, pour des engagements pris par des tiers sont nuls ». La même sanction devrait être étendue aux cas dans lesquels le plafond accompagnant l'autorisation accordée par le conseil d'administration serait outrepassé.

Toutefois, il est nécessaire d'opérer une distinction entre la sanction applicable aux cas de dépassement de plafonds particuliers, et celle qui serait applicable aux cas de dépassement de plafonds globaux.

Dans le premier cas, nous pouvons constater que le créancier qui espère bénéficier de la constitution d'une garantie pour autrui de la part d'une SA avec conseil d'administration, peut avec la même facilité contrôler l'existence d'une autorisation donnée au dirigeant de contracter une garantie pour autrui, et s'assurer que la garantie constituée ne dépasse pas les limites fixées pour chaque garantie. Dans ce cas, une extension de la sanction de nullité de la garantie se justifierait pleinement.

Dans le second cas, la position du créancier est plus délicate. En effet, pouvant difficilement avoir connaissance de l'existence d'autres garanties pour autrui consenties par le dirigeant au nom de la société, il est hautement probable que le créancier n'ait pas conscience du dépassement du plafond global de l'autorisation que pourrait engendrer la constitution d'une garantie à son profit. Il pourrait dans ce cas paraître injuste de priver inconditionnellement le créancier de la garantie dont il pensait bénéficier.

Fort judicieusement, le législateur OHADA intègre ces considérations. Il précise notamment à l'ultime alinéa de l'article 449 de l'AUSCGIE que : « Si les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties ont été donnés pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé aux tiers qui n'en ont pas eu connaissance à moins que le montant de l'engagement invoqué excède, à lui seul, l'une des limites fixées par la décision du conseil d'administration prise en application des dispositions du présent article. Dans ce cas, les cautionnements, avals, garanties autonomes et autres garanties sont nuls ».

Il en ressort que, dans l'hypothèse où la constitution d'une garantie pour autrui par un dirigeant de SA avec conseil d'administration, au nom de cette dernière, a pour effet le dépassement du plafond global fixé dans le cadre de l'autorisation accordée par l'assemblée générale, la sanction de la nullité sera écartée en cas de bonne foi du créancier ; celle-ci étant entendue comme l'ignorance du dépassement du plafond global au moment de la constitution de la garantie. A

contrario, en l'absence de bonne foi du créancier bénéficiaire de la garantie, la nullité de la garantie est encourue.

Nature de la nullité. Il reste néanmoins à déterminer la nature de la nullité prévue ici par le droit OHADA. Il est donc nécessaire de préciser si la nullité de la garantie pour autrui constituée sans autorisation du conseil d'administration de la SA, ou constituée en enfreignant les limites fixées dans le cadre de cette autorisation, est marquée par un caractère relatif ou absolu. Le choix du caractère relatif permettrait une validation a posteriori des engagements dépassant les plafonds fixés par le conseil d'administration de la SA, par voie de ratification ou de confirmation. Le choix du caractère absolu reviendrait au contraire à fermer toute possibilité de ratification ou de confirmation.

Quelques arguments militent en faveur du choix d'une nullité relative. D'une part, la nullité relative, mesure de protection, serait suffisante à protéger les intérêts de la société, puisqu'elle permettrait à celle-ci de sélectionner, parmi les actes de garantie passés sans autorisation du conseil d'administration, ou ayant pour effet le dépassement du pouvoir accordé au dirigeant par le conseil d'administration, ceux qu'elle estimerait avoir été conclus dans son intérêt, et ainsi les purger de leur vices. Cette solution maintiendrait la possibilité pour la SA de se préserver du risque d'assumer des actes de garantie non conformes à ses intérêts.

Par ailleurs, le choix de la nullité relative participerait à la mission de réduction des sources d'inefficacité des garanties que s'est assigné le législateur OHADA. Cela contribuerait ainsi à l'amélioration de la confiance des créanciers à l'égard des outils juridiques mis en place en droit OHADA afin de leur assurer le recouvrement de créances dont ils seraient titulaires, facilitant par la même occasion la délivrance de crédits aux acteurs de l'économie.

Quoi qu'il en soit, l'inefficacité de la garantie constituée en raison du caractère absolu de la nullité, ou du refus de ratification opposé par le conseil d'administration dans le cas d'une nullité jugée relative, laisse émerger la question de la responsabilité du dirigeant ayant constitué la garantie au nom de la société en outrepassant ses droits.

Responsabilité du dirigeant. Nous pourrions nous interroger sur la possibilité de reporter la garantie pour autrui prise au nom de la société sur la personne du dirigeant. Cette solution ne paraît pas souhaitable. D'une part, elle serait inapplicable en matière de garanties réelles ; la garantie constituée étant intimement liée à un bien dont la société est propriétaire, et non à la personne du constituant. D'autre part, elle pourrait s'avérer inéquitable en ce qu'elle pourrait régulièrement conduire à sanctionner un président-directeur général, ou un directeur général,

ayant eu la conviction d'agir dans l'intérêt de la société, tout en ignorant la négligence dont aura fait preuve le créancier, professionnel a priori, n'ayant pas vérifié l'étendue des pouvoirs du dirigeant avec lequel il a contracté.

Pour être allé au-delà de ses prérogatives, l'engagement de la responsabilité extracontractuelle du dirigeant de la SA pourrait représenter une solution adéquate. Nous pouvons en effet constater que la responsabilité des dirigeants de sociétés est largement admise au sein du droit OHADA. Il est notamment prévu au premier alinéa de l'article 161 de l'AUSCGIE, applicable à toutes les sociétés commerciales, que : « Sans préjudice de la responsabilité éventuelle de la société, chaque dirigeant social est responsable individuellement envers les tiers des fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions ». La situation du dirigeant social en droit OHADA paraît donc bien moins enviable que celle du dirigeant social en droit français, puisque la responsabilité civile extracontractuelle de ce dernier à l'égard des tiers ne saurait être retenue que, lorsqu'il est reconnu avoir commis une faute séparable de ses fonctions⁴⁸². Le dirigeant social ne bénéficie pas de la même protection en droit OHADA. Ce choix du législateur OHADA, qui réduit la force du cloisonnement, consécutif à la création d'une personne morale, entre le patrimoine du dirigeant et celui de la société, pourrait représenter un frein à la prise d'initiative des dirigeants sociaux.

La responsabilité du dirigeant social pourrait toutefois se trouver minorée dans les cas où il serait établi que le créancier a contribué par sa faute, à la réalisation du préjudice qu'il aura subi. Cette faute pourrait être constituée du fait de la négligence dont il aura fait preuve en omettant de contrôler les contours du pouvoir accordé au dirigeant par le conseil d'administration, au moment de la constitution de la garantie consentie.

2- SA avec administrateur général

Exigence d'une autorisation de l'assemblée générale. Dans les SA avec administrateur général, les garanties constituées pour autrui n'engagent la société que si elles ont au préalable fait l'objet d'une autorisation de la part de l'assemblée générale ordinaire. Cette autorisation peut être spéciale, dans le sens où elle serait accordée uniquement pour la réalisation d'une

⁴⁸² Cass. Com. 20 mai 2003, n° 99-17.092 : « Mais attendu que la responsabilité personnelle d'un dirigeant à l'égard des tiers ne peut être retenue que s'il a commis une faute séparable de ses fonctions ; qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales ».

opération déjà déterminée. Elle peut également être générale, dans le sens où l'assemblée générale pourrait autoriser le dirigeant de la société, pour une période d'une durée limitée ou non, à accorder des garanties personnelles ou réelles au nom de la société. Dans cette hypothèse, nous l'avons précédemment évoqué, il est également possible que l'autorisation accordée par l'assemblée générale pose une limite liée au nombre de garanties pouvant être constituées par les dirigeants au nom de la SA. Une autre restriction pourrait consister à limiter globalement ou séparément la hauteur du montant des obligations garanties.

Sanction : Inopposabilité. A défaut d'autorisation préalable obtenue de la part de l'assemblée générale, ou en cas de dépassement de l'autorisation consentie, la sanction prévue par le droit OHADA est l'inopposabilité de l'acte de garantie à la société. En effet, le premier alinéa de l'article 506 de l'AUSCGIE dispose que : « Les cautionnements, avals, garanties autonomes, contre-garanties autonomes et autres garanties donnés dans des sociétés autres que celles exploitant des établissements de crédit, de microfinance ou d'assurance caution dûment agréés par l'administrateur général ou par l'administrateur général adjoint ne sont opposables à la société que s'ils ont été autorisés préalablement par l'assemblée générale ordinaire, soit d'une manière générale, soit d'une manière spéciale ».

Nous pouvons ici mettre en relief le fait que, par opposition aux garanties constituées sans autorisation par les dirigeants de SA avec conseil d'administration, sanctionnées par la nullité, les garanties constituées sans autorisation par les dirigeants de SA avec administrateur général sont sanctionnées par leur inopposabilité à la société. Il est assez difficile de fournir une justification raisonnable à l'application à deux situations quasi-identiques, de deux sanctions différentes.

Toutefois, sur la base des effets qu'elles pourraient produire, il est possible de rapprocher ces deux sanctions. Ce serait notamment le cas dans l'hypothèse où la nullité de la garantie pour autrui constituée sans autorisation par le dirigeant d'une SA avec conseil d'administration serait de nature relative. En effet, tout comme la nullité relative, la sanction de l'inopposabilité vise à protéger certaines catégories de personnes, des effets d'un acte. Il n'y aurait rien de choquant à admettre que les personnes bénéficiant de telles protections puissent effectuer le choix d'y renoncer. Cette renonciation passerait par la possibilité qui leur serait laissée de ratifier ou de confirmer l'acte inopposable ou nul. Ainsi, tout comme le dirigeant d'une SA avec conseil d'administration pourrait faire ratifier ou confirmer, par le conseil d'administration, tout acte de garantie pour autrui constitué sans autorisation, le dirigeant d'une SA avec administrateur

général pourrait faire ratifier ou confirmer, par l'assemblée générale, les actes de garantie pour autrui constitués sans autorisation.

Cependant, une lecture stricte de l'article 506 de l'AUSCGIE pourrait faire obstacle à l'admission de la possibilité de confirmer ou de ratifier un acte de garantie conclu sans autorisation au nom d'une SA avec administrateur général. Mais, il serait difficile de justifier le fait qu'une société, par la voix de son assemblée générale, soit privée de la possibilité de valider un acte conclu en son nom par son représentant, dès lors qu'elle constate que l'acte est conforme à son intérêt. L'interprétation stricte de l'article 506 de l'AUSCGIE serait d'autant moins opportune que les occasions qu'ont les membres d'une assemblée générale de se réunir peuvent parfois être assez rares⁴⁸³. N'étant pas à l'abri d'une mauvaise anticipation, pour une période donnée, de la nature ou de l'étendue des actes nécessaires à l'activité de la société, il serait souhaitable que l'assemblée générale soit admise à confirmer les actes de garantie pour autrui constitués sans autorisation par l'administrateur général.

Par ailleurs, cette possibilité de ratification, ou de confirmation des actes de garantie conclus sans autorisation, que l'assemblée générale estimerait conformes à l'intérêt de la société, irait dans le sens de la volonté du législateur d'améliorer le sort des créanciers en Droit OHADA.

Responsabilité des dirigeants. Tout comme à l'occasion de la constitution sans autorisation d'une garantie pour autrui au nom d'une SA avec conseil d'administration, il est tout à fait concevable qu'une demande de ratification ou de confirmation d'une garantie pour autrui consentie sans autorisation au nom d'une SA avec administrateur général soit rejetée. Ce rejet, synonyme de maintien de l'inopposabilité à la SA de l'acte de garantie, pourrait être source de responsabilité pour le dirigeant. A l'image du président-directeur général ou du directeur général dans les SA avec conseil d'administration, l'administrateur général peut voir sa responsabilité civile extracontractuelle engagée à l'égard des tiers pour les fautes qu'il commet dans l'exercice de ses fonctions⁴⁸⁴. Le créancier bénéficiaire d'une garantie constituée sans autorisation du conseil d'administration, se trouvant dans l'impossibilité de la mettre en œuvre, pourrait ainsi engager la responsabilité de l'administrateur général pour le dommage subi, reprochant à ce dernier le fait d'avoir outrepassé les droits qui lui étaient reconnus.

⁴⁸³ Article 548 alinéa 1er de l'AUSCGIE révisé : « L'assemblée générale ordinaire est réunie au moins une fois par an, dans les six mois de clôture de l'exercice, sous réserve de la prorogation de ce délai par décision de justice. »

⁴⁸⁴ Article 161 alinéa 1 de l'AUSCGIE précité.

§2- Règles de constitution de garanties communes aux sociétés commerciales et aux sociétés coopératives

Premières vues. En dépit de l'organisation du régime juridique des sociétés commerciales et de celui des sociétés coopératives au sein de deux Actes uniformes différents, une part importante des règles qui y sont identifiées sont similaires. Parmi ces règles, certaines sont relatives aux conditions de constitution des garanties du crédit. Nous pouvons notamment relever que, aussi bien dans le cas des sociétés commerciales que dans celui des sociétés coopératives, le législateur OHADA interdit la constitution de garanties visant à couvrir l'exécution d'obligations prises par certaines catégories de tiers (I). D'autre part, nous pouvons souligner que les sociétés commerciales ou coopératives admises à accomplir certains types d'activités disposent d'une grande liberté dans la constitution de garanties du crédit (II).

I- Interdiction générale de constitution de garanties pour les engagements pris par certains tiers

Plan. Le droit OHADA fait interdiction aux sociétés coopératives (A) et aux sociétés commerciales (B) de constituer des garanties destinées à couvrir des engagements pris par certaines catégories de personnes.

A- Interdictions faites aux sociétés coopératives

Insuffisances textuelles. Au sein des sociétés coopératives, seules celles qui sont dirigées par un conseil d'administration se voient expressément imposer le principe d'une interdiction de garantir l'exécution d'engagements contractés par certaines catégories de tiers. Cette disposition apparaît notamment à l'article 313 de l'AUSC (1). Le silence gardé par le législateur sur le sujet, concernant les sociétés coopératives simplifiées, ne devrait pas forcément se traduire par une absence de restriction (2).

1- Interdiction expresse faite aux sociétés coopératives à conseil d'administration

Domaine large quant aux personnes visées. L'interdiction posée ici par le droit OHADA se caractérise par son domaine large du point de vue de l'identification des personnes dont l'engagement ne pourrait être garanti. En effet, sont à la fois intégrés à cette liste, les

administrateurs et les salariés de la société coopérative. Notons toutefois qu'en sont écartés les membres du conseil d'administration personnes morales⁴⁸⁵. La loi complète cette liste en y intégrant les proches des personnes précédemment citées. Il s'agit plus particulièrement de leurs conjoints, de leurs ascendants et descendants, ainsi que de toute personne interposée⁴⁸⁶.

Domaine large quant aux garanties visées. Le domaine de l'interdiction est également large du point de vue de l'énumération des types de garanties ne pouvant être accordées ; puisque, sont non seulement spécifiquement cités, à l'article 313 de l'AUSC, le cautionnement et l'aval, mais sont également évoquées, toutes les autres garanties, qu'elles soient personnelles ou réelles.

Sanction : la nullité. Dans l'hypothèse où le conseil d'administration, organe dirigeant de la société coopérative avec conseil d'administration, consentirait, au nom de cette dernière une garantie rentrant dans le domaine de l'interdiction énoncée, la sanction applicable serait la nullité de l'acte. Les textes ne précisent malheureusement pas la nature de cette nullité. Nous ne pouvons non plus nous appuyer sur la jurisprudence pour faire disparaître tout doute ; la question n'ayant pour l'instant toujours pas été tranchée par la CCJA. Néanmoins, une appréciation du fondement de cette interdiction pourrait nous permettre de définir la nature de ladite nullité.

Les cas de figures concernés par l'interdiction sont ceux qui sont hautement susceptibles de donner lieu à des conflits d'intérêts ou à des situations frauduleuses, au détriment des sociétés coopératives constituantes. La limite posée par loi semble donc destinée à assurer la protection des intérêts de la société. Nous devrions ainsi tendre vers le choix d'une nullité de protection, correspondant à la nullité relative.

Cependant, les risques pesant sur les sociétés coopératives constituantes du fait de ces possibles conflits d'intérêts ou situations frauduleuses ne seraient pas écartés s'il était admis que la société puisse, par le biais de ses instances, confirmer les actes de garanties tombant sous le coup de l'interdiction. Il ne semblerait par conséquent pas judicieux de sanctionner les garanties

⁴⁸⁵ Article 313 alinéa 2 de l'AUSC : « Cette interdiction ne s'applique pas aux personnes morales membres du conseil d'administration. Toutefois, leur représentant permanent, lorsqu'il agit à titre personnel, est également soumis aux dispositions d l'alinéa 1^{er} du présent article ».

⁴⁸⁶ Article 313 alinéa 1^{er} de l'AUSC : « A peine de nullité de la convention, il est interdit aux administrateurs et aux employés ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société coopérative avec conseil d'administration, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner, avaliser ou garantir par elle leurs engagements envers d'autres personnes ».

frappées par l'interdiction, d'une nullité relative. Par voie de conséquence, le caractère absolu de la nullité pourrait s'imposer.

C'est d'ailleurs le choix effectué en droit français, concernant la sanction des conventions interdites marquées par des risques identiques de conflits d'intérêts ou de fraude. Dans le cadre des règles applicables aux SA par exemple, le législateur français s'oppose au consentement par la société, de cautionnements et avals garantissant l'exécution d'engagements pris par les dirigeants de la société, les administrateurs⁴⁸⁷, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants⁴⁸⁸. Il sanctionne de tels engagements par la nullité. Interprétant le texte de l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, dont le principe est précisé à l'article 106 de la loi du 24 juillet 1966, figurant désormais à l'article L 225-43 du code de commerce, les juges de la Cour de Cassation, réunis en chambre mixte, ont par une décision du 10 juillet 1981, estimé que les conventions souscrites en violation de l'interdiction posée par le texte, devraient être sanctionnées d'une nullité absolue⁴⁸⁹.

2- Silence gardé concernant les sociétés coopératives simplifiées

Absence d'interdiction expresse. Aucun texte d'interdiction, similaire à l'article 313 de l'AUSC, n'a été envisagé par le législateur OHADA concernant les sociétés coopératives simplifiées. Nous pourrions, par un raisonnement *a contrario*, en conclure que les sociétés coopératives simplifiées ne sont pas soumises à des restrictions, concernant les personnes dont elles seraient susceptibles de garantir l'engagement.

Opportunité d'une extension par analogie. Les risques de conflits d'intérêts et de fraude justifiant l'interdiction faite de conclure certains types de conventions avec la société, sont aussi bien réels pour les sociétés coopératives simplifiées que pour les sociétés coopératives avec conseil d'administration. A minima, par souci de cohérence, les membres du comité de gestion,

⁴⁸⁷ Article L225-43 alinéa 1^{er} du Code de commerce français : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux administrateurs autres que les personnes morales de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ».

⁴⁸⁸ Article L225-43 alinéa 3 du Code de commerce français : « La même interdiction s'applique au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs. Elle s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée ».

⁴⁸⁹ Cour de Cassation, chambre mixte, 10 juillet 1981, n° 77-10.794 : « La nullité résultant de la violation de l'interdiction faite aux administrateurs d'une société anonyme, par l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867, de faire cautionner par elle leurs engagements envers les tiers, est d'ordre public et sanctionnée par une nullité absolue ».

organe de direction des sociétés coopératives simplifiées, ainsi que leurs conjoints, ascendants et descendants, ne devraient, par extension, pas avoir la possibilité de faire garantir l'exécution de leurs engagements par la société coopérative.

B- Interdictions faites aux sociétés commerciales

Absence d'uniformité. Le droit OHADA interdit expressément pour les SARL (1), les SA (2) et les SAS (3), le consentement de garanties couvrant les engagements pris par certaines catégories de personnes. Ces limites ne figurent par contre pas au sein des règles propres aux autres sociétés commerciales que sont les SNC et les SCS. Le législateur OHADA semble ainsi faire le choix d'une orientation identique à celle du législateur français, qui régleme nte assez strictement les conventions passées entre les sociétés à risque limité et leurs dirigeants et assimilés, ou proches de ceux-ci, et fait preuve de beaucoup plus de souplesse concernant les conventions passées entre les sociétés à risque illimité et leurs dirigeants et proches⁴⁹⁰. L'existence d'une telle distinction se justifie probablement par le caractère plus relatif dans le second cas, de la séparation du patrimoine de la société de celui des actionnaires. Ces derniers détenant généralement le pouvoir de gestion dans les sociétés commerciales à risque illimité que sont les SNC et les SCS, ils assument donc eux-mêmes indirectement sur leur patrimoine, les conséquences défavorables des engagements qu'ils prennent au nom de la société.

1- Conventions interdites et SARL

Domaine large quant aux personnes visées. A propos des SARL, sont susceptibles d'être concernées par l'interdiction faite par le législateur OHADA de conclure certains types de conventions, les personnes physiques ayant la qualité de gérant ou d'associé, ainsi que leurs conjoints, ascendants, descendants, et toute personne interposée.

En effet, l'article 356 de l'AUSCGIE dispose que : « A peine de nullité du contrat, il est interdit aux personnes physiques, gérantes ou associées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les

⁴⁹⁰ M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 28^e édition, n° 1227.

tiers. Cette interdiction s'applique également aux conjoints, ascendants et descendants des personnes visées à l'alinéa premier du présent article, ainsi qu'à toute personne interposée».

Le texte ne visant que les personnes physiques, il nous est permis de considérer a contrario que, les personnes morales, gérantes ou associées, ne sont pas concernées par les dispositions prévoyant des conventions interdites.

Domaine restreint quant aux garanties concernées. Concernant les types de conventions interdites, nous constatons que ne peuvent être garantis les engagements pris par les gérants, associés, et leurs conjoints, ascendants et descendants. Mais contrairement à ce qui a été prévu pour les sociétés coopératives, les garanties citées sont limitées. Ne sont en effet expressément interdits à l'article 356 de l'AUSCGIE que les cautionnements et avals. Par une interprétation extensive de ce texte, il serait assez aisément admissible d'étendre l'interdiction à l'ensemble des garanties personnelles.

En outre, nous pouvons souligner que les raisons qui ont motivé le législateur OHADA à priver les dirigeants et assimilés, ainsi que leurs proches, de la possibilité de tirer profit du crédit de la société en faisant garantir par celle-ci l'exécution de leurs engagements, et qui tournent autour de la volonté de se prémunir contre les risques importants de conflits d'intérêts et de fraude, seraient aussi bien valables en matière de garanties personnelles qu'en matière de garanties réelles. C'est la raison pour laquelle, par souci de cohérence, il serait judicieux d'étendre le domaine des conventions interdites aux garanties réelles.

Sanction : la nullité. Toute garantie conventionnelle qui tomberait sous le coup de l'interdiction prescrite serait sanctionnée par une nullité. Le droit OHADA ne précise pas non plus ici quelle serait la nature de cette nullité. Pour des raisons identiques à celles que nous avons indiquées à propos des sociétés coopératives, le choix d'une nullité absolue devrait être effectué.

2- Conventions interdites et SA

Uniformité au sein des SA. L'interdiction posée par le législateur OHADA, quant à la possibilité de faire garantir par une société les engagements pris par les dirigeants et assimilés, ainsi que ceux pris par leurs proches, s'applique autant aux SA avec conseil d'administration qu'aux SA avec administrateur général.

Domaine large quant aux personnes visées. Dans les SA avec conseil d'administration, cette interdiction est relative aux engagements pris par les administrateurs, les directeurs généraux et directeurs généraux adjoints ; de même que ceux pris par leurs conjoints, ascendants et descendants, et toute personne interposée⁴⁹¹. Echappent également ici à cette interdiction, les personnes morales membres du conseil d'administration⁴⁹².

Dans les SA avec administrateur général, sont concernés par cette interdiction l'administrateur général, l'administrateur général adjoint lorsqu'il est nommé, leurs conjoints, ascendants, descendants et autres personnes interposées⁴⁹³.

Domaine restreint quant aux garanties concernées. Autant pour les SA avec conseil d'administration que pour les SA avec administrateur général, les garanties expressément envisagées comme ne pouvant être contractées par la société sont : le cautionnement et l'aval. Cette interdiction devrait normalement être étendue à toutes les autres garanties personnelles ; et nous appuyant sur les mêmes justifications que celles présentées dans le cadre des règles applicables aux SARL, il serait convenable d'étendre également l'interdiction aux garanties réelles.

Sanction : la nullité. Par ailleurs, nous pouvons sans surprise relever que la sanction associée à cette interdiction est la nullité. La nature de cette nullité n'étant pas indiquée, elle devra être précisée par la jurisprudence. Tel que précédemment évoqué, ces conventions sont une importante source de conflits d'intérêts et de fraude au détriment de la société auxquels on ne pourrait efficacement faire face en faisant le choix d'une nullité relative. La nullité absolue devrait ainsi être la sanction la mieux adaptée.

⁴⁹¹ Article 450 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé : « A peine de nullité de la convention, il est interdit aux administrateurs, aux directeurs généraux et aux directeurs généraux adjoints ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et aux autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. »

⁴⁹² Article 450 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé : « Cette interdiction ne s'applique pas aux personnes morales membres du conseil d'administration. »

⁴⁹³ Article 507 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE révisé : « A peine de nullité du contrat, il est interdit à l'administrateur général ou à l'administrateur général adjoint lorsqu'il en est nommé, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants, descendants et aux personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers. »

3- Conventions interdites et SAS

Domaine large quant aux personnes visées. Dans les SAS, ce sont les dirigeants personnes physiques qui se voient visés par l'interdiction, les personnes morales dirigeantes étant expressément exclues. Ne sont évidemment pas oubliés leurs conjoints, ascendants, descendants et autres personnes interposées.

L'article 853-16 de l'AUSCGIE dispose en effet que : « A peine de nullité de la convention, il est interdit au président et aux dirigeants, ainsi qu'à leurs conjoints, ascendants ou descendants et autres personnes interposées, de contracter, sous quelque forme que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert en compte-courant ou autrement, ainsi que de se faire cautionner ou avaliser par elle, leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction ne s'applique pas aux personnes morales dirigeantes ».

Domaine restreint quant aux garanties concernées. Tout comme dans le cadre des règles applicables aux SA et aux SARL, les garanties que le législateur OHADA interdit expressément aux SAS de consentir pour couvrir les engagements pris par les tiers précédemment désignés sont : le cautionnement et l'aval. Nous ne pouvons que préconiser ici aussi que cette interdiction s'étende à l'ensemble des garanties personnelles ; de même qu'à la catégorie des garanties réelles.

Sanction : la nullité. Le non-respect de cette interdiction devrait conduire à la nullité absolue de la garantie consentie.

II- Absence de limite à la constitution de garanties par les établissements de crédit

Plan. Qu'il s'agisse de sociétés commerciales (A) ou de sociétés coopératives (B), les restrictions, précédemment évoquées, à la constitution des garanties, sont écartées lorsque le constituant a la qualité d'établissement de crédit.

A- Exception applicable aux sociétés commerciales

Restriction initiale liée au domaine des conventions réglementées. Avant la réforme du 30 janvier 2014 de l'AUSCGIE, les règles restreignant la constitution de garanties par les sociétés commerciales que nous venons de développer, étaient en partie applicables aux établissements de crédit. En effet, alors que les règles relatives aux conventions interdites étaient expressément

privées d'effet lorsque la société commerciale était un établissement de crédit, les règles relatives aux conventions soumises à autorisation leur étaient pleinement applicables⁴⁹⁴.

Cette restriction à la constitution de garanties pouvait sembler curieuse dans la mesure où les garanties accordées par les établissements de crédit, pouvant être regardées dans un sens extensif comme des opérations de crédit, sont des actes relevant de leur activité normale. Soumettre à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire, selon les cas, l'accomplissement d'opérations courantes de la société, pouvait paraître excessif et contre-productif pour ce secteur d'activité.

Une telle analyse témoignait du caractère opportun du choix qu'avait effectué le législateur OHADA d'écarter, pour les établissements de crédit, l'interdiction de consentir des garanties à certaines catégories de personnes telles que les dirigeants et personnes assimilés, ainsi que leurs proches^{495 496}.

L'application des restrictions soulignées aux établissements de crédit a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses critiques de la part de la doctrine⁴⁹⁷. Le législateur OHADA y a finalement apporté une réponse à l'occasion de la récente réforme de l'AUSCGIE.

Exclusion de toute restriction du fait de la réforme. Le législateur OHADA a, dans le cadre de cette réforme, pris le soin de poser, aux articles 449 et 506 de l'AUSCGIE, au profit des établissements de crédit, une exception à l'obligation qui est faite aux sociétés commerciales, en particulier aux SA, de requérir préalablement à toute souscription de cautionnement, d'aval, de garantie autonome ou de toute autre garantie, l'accord du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire.

⁴⁹⁴ CCJA, Avis n°02/2000/EP, 26 avril 2000, Ohadata J-02-04 : « Les dispositions de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique étant d'ordre public et s'appliquant à toutes les sociétés commerciales à raison de leur forme et quel que soit l'objet, l'article 449 dudit Acte uniforme s'applique aux banques et aux établissements financiers entrant dans cette dénomination juridique. Les seules dérogations admises sont celles prévues par l'Acte uniforme lui-même qui renvoie à cet égard aux dispositions législatives nationales auxquelles sont assujetties les sociétés soumises à un régime particulier. »

⁴⁹⁵ Article 450 alinéa 4 de l'AUSCGIE : « Lorsque la société exploite un établissement bancaire ou financier, cette condition ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales ».

⁴⁹⁶ Article 507 alinéa 2 de l'AUSCGIE révisé : « Toutefois, lorsque la société est un établissement bancaire ou financier, elle peut consentir à son administrateur général ou à son administrateur général adjoint, sous quelque forme que ce soit, un prêt, un découvert en compte-courant ou autrement, un aval, un cautionnement ou toute autre garantie, si ces conventions portent sur des opérations courantes conclues à des conditions normales ».

⁴⁹⁷ Voir dans ce sens H.D. MODI KOKO BEBEY, « Sur le domaine d'application de l'article 449 de l'Acte uniforme de l'OHADA relatif aux sociétés commerciales (A propos de l'Avis n° 02/2000/EP de la CCJA) » *Janus* (Revue Camerounaise de Droit et de Science Politique), 2^{ème} année, n°2, janvier 2007, pp. 5-15. Voir également A. MINKOA SHE, *Droit des Sûretés et des Garanties du Crédit dans l'Espace OHADA, Tome 1, Les Garanties Personnelles*, Edition Dianoia 2010, P. 78.

Nous pouvons donc en définitive estimer que, dans le cadre de leurs opérations courantes, conclues à des conditions normales, les établissements de crédit peuvent assez librement constituer des garanties pour couvrir l'exécution d'engagements pris par des tiers.

B- Exception applicable aux sociétés coopératives

Exception particulière aux sociétés coopératives à conseil d'administration. Concernant les sociétés coopératives le droit OHADA ne semble admettre la possibilité de poursuivre une activité d'établissement de crédit qu'à celles dont la gestion est assurée par un conseil d'administration. Lorsque c'est le cas, nous constatons que les restrictions auxquelles est soumise la constitution de garanties par les sociétés coopératives sont écartées.

Exclusion du domaine des conventions réglementées. Il en est ainsi de la nécessité de s'appuyer sur une autorisation du conseil d'administration pour que soit valablement consentie par une société coopérative avec conseil d'administration, toute garantie couvrant l'exécution d'un engagement pris par un tiers. Cette restriction envisagée au premier alinéa de l'article 312 de l'AUSC, reçoit une exception au second alinéa du même texte. Celui-ci prévoit en effet que : « Lorsque la société coopérative avec conseil d'administration exploite un établissement bancaire ou financier, ou mène à titre principal ses activités dans le domaine de l'épargne et du crédit, cette restriction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales ».

Exclusion du domaine des conventions interdites. Il en est également de même pour ce qui concerne l'interdiction faite à la société coopérative avec conseil d'administration de consentir des garanties personnelles ou réelles pour des engagements pris par les dirigeants et toutes les personnes membres de leurs familles. Prévues au premier alinéa de l'article 313 de l'AUSC, cette interdiction connaît une exception au troisième alinéa du même texte⁴⁹⁸. Celui-ci reprend à l'identique les termes du second alinéa de l'article 312 de l'AUSC.

Par conséquent, tout comme cela est reconnu concernant les sociétés commerciales, les établissements de crédit opérant sous la forme de sociétés coopératives, notamment celles dont la gestion est assumée par un conseil d'administration, peuvent assez librement constituer des

⁴⁹⁸ Article 313 alinéa 3 de l'AUSC : « Lorsque la société coopérative avec conseil d'administration exploite un établissement bancaire ou financier, ou mène à titre principal ses activités dans le domaine de l'épargne et du crédit, cette restriction ne s'applique pas aux opérations courantes conclues à des conditions normales »

garanties, personnelles comme réelles, dans l'optique de couvrir des engagements pris par des tiers.

§3- Constitution de garanties par les sociétés civiles

Evolution postcoloniale limitée. Le Droit OHADA ayant laissé hors de son périmètre le droit applicable aux sociétés civiles, il est nécessaire de se reporter aux règles envisagées par les législations internes des différents Etats-Parties. Or nous pouvons constater que nombre d'entre eux, principalement des anciennes colonies françaises, appliquent encore aujourd'hui une grande part des normes contenues dans le code civil français dans sa version antérieure à la proclamation de leur indépendance⁴⁹⁹. Celui-ci s'applique encore en effet dans les très nombreux cas où des normes spéciales n'ont pas été adoptées postérieurement aux années d'indépendance. C'est notamment le cas pour des pays tels que le Bénin, le Cameroun, la Côte d'Ivoire ou encore le Tchad (I). Quelques rares pays ont fait l'effort d'élaborer un code civil qui leur est propre. C'est le cas de la Guinée Conakry dès les premières années de son indépendance, qui en adopte un en 1961, et également celui du Sénégal, qui adopte en partie le sien en 1963 (II).

I- Constitution soumise aux règles de droit de la période coloniale

Principe de l'attribution d'un pouvoir exprès. Pour les anciennes colonies françaises qui n'ont, en majorité, pas adopté de code civil propre, on ne trouve pas non plus de textes spéciaux régissant les sociétés civiles. Par conséquent, les règles applicables aux sociétés civiles telles que figurant dans le code civil français avant les années 1960 sont la base sur laquelle nous devons nous appuyer afin de déterminer, pour la plupart des Etats-Membres de l'OHADA, les conditions de constitution des garanties du crédit par les sociétés civiles.

Lorsque nous nous référons aux dispositions du Code civil dans la version sous laquelle il se présentait à la fin des années 1950, nous constatons que l'associé d'une société civile ne peut, par ses actes, valablement engager la société à l'égard des tiers, et par voie de conséquence les autres associés, que si ceux-ci lui en ont attribué le pouvoir. En effet, l'article 1862 du Code

⁴⁹⁹ Exception faite de la Guinée Conakry et des Comores, dont l'indépendance est proclamée respectivement en 1958 et en 1975, les Etats actuellement membres de l'OHADA ayant connu la domination française proclament leur indépendance en 1960.

Civil français dans cette version antérieure disposait que : « Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont tenus solidairement des dettes sociales, et l'un des associés ne peut obliger les autres si ceux-ci ne lui en ont conféré le pouvoir ».

L'alternative de la conformité à l'intérêt social. Lorsque l'un des associés agit au nom de la société civile sans en avoir reçu le pouvoir de la part des autres associés, il est en principe seul lié par l'engagement pris. Il est néanmoins possible qu'en dépit de l'absence de pouvoir exprès conféré par les autres associés, ces derniers soient engagés à l'égard des tiers au titre des actes passés par l'un des associés. C'est notamment le cas lorsqu'il est établi que l'obligation contractée était bénéfique à la société. La conformité à l'intérêt social vient ainsi pallier l'absence de pouvoir de l'associé. C'est ce qu'il est possible de tirer de la lecture de l'article 1864 du Code Civil français dans sa version antérieure aux déclarations d'indépendance. Il y est indiqué que : « La stipulation que l'obligation est contractée pour le compte de la société, ne lie que l'associé contractant et non les autres, à moins que ceux-ci ne lui aient donné pouvoir, ou que la chose n'ait tourné au profit de la société ».

Incidences sur la constitution des garanties. Appliquées aux garanties du crédit, ces dispositions nous orientent vers l'affirmation d'une efficacité pleine des garanties constituées par l'un des associés au nom de la société lorsque celui-ci en a reçu le pouvoir de la part des autres associés. Rien n'interdit que la garantie soit consentie sur la base d'un pouvoir accordé de manière générale, ou de manière spéciale. Nous pouvons rapprocher cette condition de l'exigence aujourd'hui requise à titre de validité en droit français, de conformité à l'objet social des actes passés par le dirigeant d'une société civile⁵⁰⁰. Cette conformité est garantie lorsque l'acte rentre dans le périmètre de l'objet social tel que prévu par les statuts, ou encore lorsque l'ensemble des associés donnent leur accord à la conclusion de l'acte.

En outre, les garanties constituées au nom de la société par l'un des associés, en l'absence de pouvoir expressément accordé par les autres associés, ne devraient néanmoins pas être privées d'efficacité ; à la condition cependant qu'il soit établi que la société en a tiré le profit. Il pourrait toutefois s'avérer difficile de reconnaître dans la conclusion d'une garantie constituée pour autrui, un acte dont la société pourrait tirer profit. Cela pourrait exceptionnellement être le cas dans l'hypothèse où la société garantirait l'exécution d'une obligation contractée par un partenaire indispensable pour elle, dans le cadre d'une opération qui lui serait bénéfique.

⁵⁰⁰ Article 1849 du Code civil français : « Dans les rapports avec les tiers, le gérant engage la société par les actes entrant dans l'objet social ».

Influence de la théorie de la fiction de la personnalité morale. Nous pouvons, par ailleurs, souligner que ces textes révèlent l'immaturation, à l'époque, de la législation française concernant la détermination des conditions et effets liés à la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés. L'indépendance de la personnalité juridique des sociétés par rapport à la personnalité juridique de chacun de ses associés est loin d'être perceptible. Le pouvoir reconnu ou accordé à l'un des associés d'agir au nom de la société n'implique pas, au regard des textes cités précédemment, qu'il intervienne pour le compte de cette dernière, mais plutôt pour le compte des associés. Il n'est pas considéré comme bénéficiant du pouvoir d'engager le patrimoine de la société au nom de laquelle il agit, celui-ci ne semblant pas reconnu, mais comme recevant le pouvoir d'engager directement le patrimoine des associés.

Il faut dire que la vague de déclarations d'indépendance des Etats-Membres de l'OHADA intervient quelques années seulement après la consécration, par la jurisprudence française⁵⁰¹, de la théorie de la réalité de la personnalité morale ; celle-ci prenant le pas sur la théorie de la fiction de la personnalité morale, dont l'influence antérieure marque encore les dispositions du Code civil à la fin des années 1950.

Au regard de cette seconde théorie, seuls les êtres humains bénéficient d'une personnalité juridique. Les groupements ne peuvent se voir reconnaître la même qualité et doivent ainsi être appréhendés à travers les membres qui le composent. A moins que l'Etat, opérant par pure fiction, ne reconnaisse expressément à certains groupements une personnalité juridique, tout en fixant l'étendue des droits qu'il leur reconnaît.

Sur la base de la première, tout groupement devrait se voir reconnaître une personnalité morale dès lors qu'est constatée la réunion d'un certain nombre de conditions. Il s'agit principalement d'identifier la présence d'un intérêt du groupement distinct des intérêts particuliers des membres du groupement, et de constater l'existence d'une organisation assurant la manifestation d'une volonté collective défendant cet intérêt⁵⁰². L'ensemble des droits attachés à la personnalité juridique lui seraient dès lors automatiquement attribués.

⁵⁰¹ Cour de Cassation française, 2^{ème} chambre civile, 28 janvier 1954, n° 54-07081 : « Attendu que la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ».

⁵⁰² M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, Lexisnexis, 28^e édition, n°181.

II- Constitution soumise aux textes postcoloniaux

Cas du Sénégal. Dans les Etats-Membres ayant procédé à une réforme des règles de droit civil, dont a découlé une évolution des conditions d'engagement des sociétés civiles à l'égard des tiers, nous pouvons imaginer que des modifications relatives à la nature des personnes morales et à la reconnaissance d'une personnalité juridique pleine sont intervenues.

Lorsque nous nous référons par exemple au droit sénégalais, nous faisons le constat selon lequel, à l'occasion de l'adoption du Code des obligations civiles et commerciales (COCC), construit en plusieurs étapes, dont la dernière est intervenue en 1998, les conditions d'engagement des sociétés civiles se sont faites plus précises.

Pouvoir étendu du gérant. Le premier alinéa de l'article 794 du COCC dispose notamment que : « Les gérants ont tout pouvoir pour agir au nom de la société, dès lors qu'il s'agit d'un acte de gestion sociale ». Il en ressort que, la société civile est engagée à l'égard des tiers, par tous les actes conclus par le gérant au nom de la société, dès lors qu'ils sont conformes à l'objet social.

La limitation des pouvoirs du gérant de la société civile apparaissant dans les statuts, n'est pas opposable aux tiers ayant contracté avec la société civile. En effet, le législateur sénégalais dispose, au second alinéa de l'article 794 du COCC, que : « Toute limitation contractuelle des pouvoirs des gérants est sans effet à l'égard des tiers ». Le texte n'opérant aucune distinction entre les personnes ayant eu connaissance du contenu des clauses statutaires et celles qui l'ignorent, nous pouvons estimer que la bonne ou mauvaise foi du bénéficiaire de l'acte outrepassant les limites statutaires est indifférente à l'efficacité de celui-ci.

Incidence sur les garanties. Appliqué aux garanties consenties par la société civile, l'article 794 du COCC permet de reconnaître la validité des garanties, principalement réelles, consenties par le gérant afin de couvrir les engagements pris par la société elle-même. Pour ce qui est de la garantie des engagements pris par des tiers, l'octroi de garanties pour autrui rentre difficilement dans le périmètre de l'objet social d'une société civile. L'admission de la régularité d'un tel acte ne pourrait bien entendu qu'être exceptionnelle, et la possibilité d'en conclure devra avoir été prévue par les statuts. Il serait néanmoins possible de surmonter une

absence de clause statutaire en ce sens, par le biais de l'obtention de l'accord de l'ensemble des associés à la conclusion de l'acte de garantie envisagé⁵⁰³.

SECTION II : EFFICACITE DES GARANTIES PORTANT SUR LES DROITS SOCIAUX

Principales limites. Les garanties portant sur les sociétés envisagées en tant que biens, et non plus sur leur patrimoine ou les biens composant celui-ci, ne peuvent prendre d'autre forme que celle du nantissement. Nous avons abordé, à l'occasion de l'analyse des dispositions de l'AUS, les principales conditions de constitution du nantissement de parts sociales et de valeurs mobilières. Un regard approfondi sur le contenu de l'AUSCGIE nous permet de constater que certaines conditions d'efficacité du nantissement de parts sociales et de valeurs mobilières viennent s'ajouter à celles prévues au sein de l'AUS. Elles peuvent avoir une origine légale, ou encore conventionnelle. Ce sont principalement des limites liées aux obligations d'agrément, aux clauses d'inaliénabilité ou encore aux clauses de préemption. Cet élément est révélateur de la dispersion non-indispensable de certains textes destinés à organiser une seule et même sûreté ; représentant ainsi une autre source d'inefficacité des garanties prévues par le droit OHADA.

L'efficacité du nantissement de parts sociales est principalement soumise, au regard des dispositions de l'AUSCGIE à la limite que représente l'obligation d'agrément (§1). Lorsque le nantissement porte sur des actions, l'exigence d'un agrément n'est pas systématique, mais d'autres limites sont envisagées (§2).

§1- Agrément et nantissement de parts sociales

Absence d'uniformité. Les règles concernant l'obligation d'obtenir l'agrément de la société pour l'efficacité des actes de nantissement sont principalement communes, mais présentent suffisamment de différences pour que le choix de les décliner séparément se justifie. Nous

⁵⁰³ Tribunal Régional Hors Classe de Dakar, 7 mars 2000, GIE Pan Industrie et SCI République contre Société Crédit Sénégalais, Ohadata J-04-23 : « Le cautionnement consenti par le gérant d'une SCI en vertu d'un mandat spécial conféré unanimement par les associés et non en vertu de ses pouvoirs légaux de gérant est régulier, ce mandat spécial équivalant à une modification extensive de l'objet social. »

essaierons donc d'aborder dans un premier temps les règles s'appliquant aux SARL (I), avant de mettre en relief les différences qui se constatent au sein des règles propres aux SCS (II), aux SNC (III), et enfin aux sociétés civiles (IV).

I- L'agrément du nantissement dans les SARL

Emprunt du régime des cessions. Le régime du nantissement de parts sociales est surtout développé dans l'AUSCGIE au sein des règles propres aux SARL. Afin de déterminer précisément ces règles, nous pouvons dans un premier temps faire appel à l'article 322 de l'AUSCGIE, qui dispose, en son alinéa premier, que: « Lorsque la société donne son consentement à un projet de nantissement de parts sociales, dans les conditions prévues pour la cession de parts à des tiers, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales régulièrement nanties, à moins que la société ne préfère, après la cession, racheter sans délai lesdites parts en vue de réduire son capital ».

Ce texte nous permet surtout de retenir que l'efficacité d'un acte de nantissement de parts sociales nécessite que la société, dont le titre de propriété représente l'objet de la garantie, accorde son consentement au projet de nantissement. En l'absence d'agrément d'un nantissement encore à l'état de projet, celui-ci devra intervenir au moment de la réalisation de la garantie. Les conditions auxquelles le consentement de la société doit être accordé sont identiques à celles qui sont imposées lorsque l'un des associés envisage de céder les parts sociales dont il est titulaire. Or les conditions de cession de parts sociales sont différentes selon que l'opération est effectuée entre associés ou que l'acquéreur est un tiers. La même distinction devrait s'imposer pour les cas de nantissement bénéficiant à un associé (A) ou à un tiers (B).

A- Nantissement consenti à un associé

Principe de la libre transmissibilité. Lorsque la cession de parts sociales est effectuée entre associés, le principe est celui de la libre cessibilité. Les associés ont toutefois la possibilité de déroger à ce principe en aménageant les modalités de transmission des parts à travers les statuts⁵⁰⁴. Ce principe de libre cessibilité est par ailleurs étendu aux cas dans lesquels l'acquéreur des parts sociales est le conjoint du cédant, l'un de ses ascendants ou descendants.

⁵⁰⁴ Article 318 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales entre associés. A défaut, la transmission des parts entre associés est libre ».

Les modalités de cession peuvent, dans cette hypothèse également, faire l'objet d'un aménagement⁵⁰⁵.

Dans l'hypothèse où les associés font le choix de renforcer les conditions de cession de parts entre associés, ou au profit de conjoints, ascendants et descendants, le non-respect des clauses prévues en ce sens par les statuts est sanctionné par la nullité de l'acte de cession. C'est ce que précise notamment le troisième alinéa de l'article 318 de l'AUSCGIE qui dispose que : « Est nulle toute cession de parts intervenue en violation des clauses statutaires établies conformément à cet article »⁵⁰⁶.

Liberté du nantissement. Ainsi, nous pouvons parallèlement estimer qu'en principe, l'efficacité du nantissement de parts sociales consenti au profit d'un autre associé n'est soumise à aucune obligation d'agrément émanant de la société dont le titre de propriété fait l'objet de la garantie. Au moyen de clauses statutaires, les associés de la société pourraient tout à fait limiter cette liberté de constitution du nantissement en exigeant un tel agrément. Dans ce cas, tout nantissement constitué sans se conformer aux clauses statutaires serait, non pas sanctionné par une nullité ; l'agrément n'étant pas une condition de validité du nantissement ; mais nécessairement soumis, à l'occasion de sa réalisation, au dit agrément.

B- Nantissement consenti à un tiers

Exigence d'un agrément dans le cadre d'une cession. Lorsque la cession de parts sociales est effectuée à titre onéreux au profit de tiers, le législateur OHADA organise une procédure visant à l'obtention de l'agrément de la société. La procédure décrite a une valeur supplétive, puisqu'il est permis aux associés d'organiser, sur la base de modalités différentes, la cession de parts sociales au profit de tiers. En effet, l'article 319 de l'AUSCGIE, en son alinéa premier, indique que : « Les statuts organisent librement les modalités de transmission des parts sociales à titre onéreux à des tiers étrangers à la société ».

⁵⁰⁵ Article 318 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Les statuts peuvent également prévoir les modalités de transmission des parts sociales entre conjoints, ascendants et descendants. A défaut, les parts sont librement cessibles entre les intéressés ».

⁵⁰⁶ Le législateur OHADA n'apporte pas de précision quant à la nature de la nullité. Nous pouvons relever que la nullité prévue ne vise pas à protéger l'une des parties à la convention de nantissement, mais plutôt la société faisant l'objet de la garantie, et à travers elle, les autres associés de la société. La nullité relative, ayant notamment pour effet de permettre à la partie contractante protégée de renoncer à sa protection, ne semble pas être une sanction adaptée à la situation. La protection irrémédiable que constitue l'application de la sanction de la nullité absolue serait plus adéquate.

Procédure d'agrément. Si nous nous référons à la procédure d'agrément prévue par l'AUSCGIE, l'associé cédant est tenu de notifier le projet de cession, non seulement à la société, mais également à tous les autres associés⁵⁰⁷. La société dispose d'un délai de trois mois, à compter de cette notification, pour prendre la décision d'accorder ou non son consentement à la cession des parts sociales, et de la communiquer à l'associé cédant. Le consentement de la société ne peut être régulièrement obtenu que si la majorité des associés non cédants donnent leur accord à la cession, sous condition que les parts sociales qu'ils détiennent représentent au moins les trois quarts de celles qui ne sont pas concernées par l'opération. L'absence de réponse de la part de la société dans les délais vaut consentement à l'acte de cession⁵⁰⁸.

Toute décision de refus prise par la société, et régulièrement notifiée à l'associé cédant, fait courir un nouveau délai de trois mois à compter de cette notification, avant l'expiration duquel les associés seront tenus, solidairement et indéfiniment, d'acquérir les parts sociales dont la cession aura été bloquée, à un prix convenu, ou fixé par un expert judiciairement désigné⁵⁰⁹.

Sanction : nullité de la cession. En cas de manquement à la procédure d'agrément prévue à l'article 319 de l'AUSCGIE, ou de transgression des clauses statutaires prévues par les associés, destinées à organiser différemment les modalités de transmission des parts sociales aux tiers, la sanction applicable est la nullité de l'acte de cession. C'est ce qu'indique le dernier alinéa de l'article 319 de l'AUSCGIE : « Est nulle toute cession de parts intervenue en violation de clauses statutaires établies conformément à l'alinéa 1^{er} du présent article ou, à défaut, en violation des alinéas 2 et suivants du présent article ».

Transposition difficile de la procédure d'agrément au nantissement. Appliquées au nantissement, les conditions relatives à l'agrément des cessions de parts sociales ne semblent qu'être partiellement adaptées. Bien évidemment, il serait envisageable, comme cela est autorisé en matière de cession de parts sociales, de fixer au sein des statuts, des modalités différentes de celles prévues par les textes pour le nantissement de parts sociales, en raison,

⁵⁰⁷ Article 319 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « La transmission n'est possible qu'avec le consentement de la majorité des associés non cédants représentant les trois quarts des parts sociales déduction faite des parts de l'associé cédant ; le projet de cession doit être notifié par l'associé cédant à la société et à chacun des autres associés ».

⁵⁰⁸ Article 319 alinéa 3 de l'AUSCGIE : « Si la société n'a pas fait connaître sa décision dans un délai de trois mois à compter de la dernière notification, le consentement à la cession est réputé acquis ».

⁵⁰⁹ Article 319 alinéa 4 de l'AUSCGIE : « Si la société refuse de consentir à la cession, les associés sont indéfiniment et solidairement tenus dans le délai de trois mois qui suit la notification du refus à l'associé cédant, d'acquérir les parts à un prix qui, à défaut d'accord entre les parties, est fixé par un expert nommé par la juridiction compétente, à la demande de la partie la plus diligente ».

ainsi que nous l'avons souligné, du caractère supplétif de la procédure décrite à l'article 319 de l'AUSCGIE.

En l'absence de toute clause statutaire écartant la procédure légale relative au nantissement de parts sociales, l'associé souhaitant nantir les parts sociales qu'il détient devrait être tenu de notifier le projet de nantissement à la société et à l'ensemble des associés. La société devrait, dans un délai de trois mois, dire si elle accorde ou non son consentement au projet de nantissement. Le silence observé par la société devrait ici aussi valoir acceptation. Nous pouvons également nous accorder sur le fait que le consentement à l'acte de nantissement ne pourrait être régulier que s'il recueille l'assentiment de la majorité des associés non constituants, avec la condition supplémentaire que les parts de ces derniers représentent au moins le trois quarts des parts sociales ne faisant pas l'objet du projet de nantissement.

Aménagement des effets du refus d'agrément. Les suites données au refus de la société en matière de cession de parts sociales au profit de tiers sont beaucoup moins facilement applicables aux cas de nantissement de parts sociales consentis aux tiers. Il n'est en effet pas possible de transposer avec les mêmes caractéristiques, au nantissement, l'obligation qui est faite aux associés d'acquérir les parts sociales dont le projet de cession a été mis en échec du fait du refus de la société d'y consentir.

Avant tout, le refus d'agrément opposé au projet de nantissement par la société ne devrait pas faire échec à la validité de la garantie finalement constituée. Ainsi que nous l'avons précédemment précisé, l'agrément ne révèle son importance, en matière de nantissement de parts sociales, qu'au niveau de la réalisation de la garantie. Mais il est fort à parier que, face au refus d'agrément, le créancier bénéficiaire devrait exiger de la part du débiteur, l'octroi d'une autre garantie satisfaisante avant de conclure l'opération à garantir.

Toutefois, si le nantissement de parts sociales est conclu en dépit du refus d'agrément, ou même en l'absence de toute demande préalable d'agrément, cette dernière devra être présentée à la société à l'occasion de la réalisation de la garantie ; que celle-ci prenne la forme d'une réalisation forcée ou d'une attribution judiciaire ou conventionnelle. Cette demande ne pourrait ici, être portée par le constituant de la garantie, qui aurait assez peu d'intérêt à ce que la réalisation de ladite garantie s'effectue avec succès. Il conviendrait plutôt que le créancier bénéficiaire s'en voie confier la charge.

Dans l'hypothèse où le consentement de la société serait sollicité au moment de la réalisation de la garantie, le refus d'agrément devrait obliger les associés à acquérir les parts nanties ; ce

dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus d'agrément. L'absence d'achat par les associés dans le délai prescrit, devrait permettre à la procédure de réalisation entamée d'aller jusqu'à son terme.

Par ailleurs, le droit OHADA permet à la société, après la réalisation du nantissement, de racheter les parts sociales ayant fait l'objet du nantissement, mais seulement dans l'hypothèse où elle projette d'opérer une réduction de capital.

II- Agrément du nantissement dans les SCS

Exigence supplétive d'un agrément de toute cession. En principe, la cession de parts sociales d'une SCS ne peut régulièrement se réaliser, sans que la société n'y ait accordé son consentement. Ce consentement est obtenu lorsque l'accord à la cession de l'ensemble des associés est obtenu. En effet, l'article 296 de l'AUSCGIE dispose en son premier alinéa que : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement de tous les associés ».

Toutefois, le législateur OHADA autorise qu'à travers les statuts, les associés assouplissent le principe de l'interdiction de cession sans agrément des parts sociales des SCS. Néanmoins, cette possibilité d'assouplissement est strictement restreinte, puisque seules trois hypothèses expressément énumérées par le législateur sont admises. Elles concernent d'une part, les cessions de parts sociales effectuées par les associés commanditaires, et d'autre part les cessions de parts sociales effectuées par les associés commandités.

Cession par les associés commanditaires. Pour ce qui est des cessions de parts sociales effectuées par des associés commanditaires, les assouplissements admis affichent des caractéristiques différentes selon qu'ils sont relatifs aux cessions effectuées au profit d'autres associés, ou qu'ils impliquent les cessions faites aux tiers.

Dans le cas des cessions de parts sociales faites entre associés, à l'exigence d'agrément, il est admis que se substitue la libre cessibilité. En effet, au deuxième alinéa de l'article 296 de l'AUSCGIE, le droit OHADA indique qu'il est possible de stipuler au sein des statuts que : « les parts des associés commanditaires sont librement cessibles entre associés ».

Dans le cas des cessions de parts sociales faites au profit de tiers étrangers à la société, l'exigence d'obtenir l'agrément de la société ne peut être écartée ; seule la possibilité d'aménager les conditions de son obtention est permise. L'unanimité qui est normalement requise pour l'ensemble des associés pourrait ainsi être restreinte au groupe des associés

commandités. Cette unanimité serait complétée par l'accord de la majorité des associés commanditaires à la fois en nombre et en capital⁵¹⁰.

Cession par des associés commandités. Pour ce qui concerne les conditions d'assouplissement des cessions de parts sociales effectuées par des associés commandités, le droit OHADA ne fait pas de distinction entre celles qui sont faites au profit d'autres associés et celles qui sont faites au profit de tiers étrangers à la société. Il n'est pas possible d'écarter ici, par le biais des statuts, l'obligation d'obtenir l'agrément de la société. Mais il est possible d'assouplir les conditions à réunir pour que cet agrément soit régulier. Si les statuts ne peuvent permettre d'échapper à l'obligation d'obtenir l'accord de chaque associé commandité, celui de la majorité des associés commanditaires, en nombre et en capital, suffira⁵¹¹.

Tout acte de cession de parts sociales qui ne serait pas conforme aux clauses statutaires régulièrement stipulées, ou à défaut à l'exigence d'accord unanime des associés, devrait être sanctionné par la nullité⁵¹².

Transposition des conditions de cession au nantissement. Ces éléments relatifs à la cession de parts sociales devraient avoir une influence sur l'efficacité des actes de nantissement portant sur des parts sociales de SCS. Cependant, le droit OHADA ne prévoit pas de texte organisant les conditions d'agrément des actes de nantissement. Il serait opportun, dans le même sens que ce qu'a prévu le législateur OHADA dans le cadre du nantissement de parts sociales de SARL, d'adapter au nantissement de parts sociales de SCS, les règles relatives à l'agrément des actes de cession que nous venons de développer. Et dans l'hypothèse où celles-ci se révéleraient insuffisantes, il pourrait être utile de s'appuyer sur les règles détaillées en matière de nantissement de parts sociales de SARL.

Nous pouvons dans un premier temps indiquer que, l'efficacité du nantissement de parts sociales d'une SCS devrait passer par l'agrément de la société dont les parts font l'objet de la

⁵¹⁰ Article 296 alinéa 2, 2°) de l'AUSCGIE : Les statuts peuvent stipuler « que les parts des associés commanditaires peuvent être cédées à des tiers étrangers à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires ».

⁵¹¹ Article 296 alinéa 2, 3°) de l'AUSCGIE : Les statuts peuvent stipuler « qu'un associé commandité peut céder une partie de ses parts à un associé commanditaire ou à un tiers étranger à la société avec le consentement de tous les associés commandités et de la majorité en nombre et en capital des associés commanditaires ».

⁵¹² Article 296 alinéa 3 de l'AUSCGIE : « Est nulle toute cession de parts intervenue en violation du premier alinéa du présent article ou, le cas échéant, des clauses prévues aux statuts conformément au deuxième alinéa du présent article ».

garantie. Conformément à ce que nous avons précédemment précisé, cet agrément pourrait être sollicité, soit antérieurement à la constitution de la garantie, soit à l'occasion de sa réalisation.

Agrément au moment de la constitution. Dans le premier cas, une demande d'agrément devra être effectuée par le constituant de la garantie. Celui-ci devra notifier le projet de nantissement à la fois à la société et aux autres associés. L'agrément de la société ne sera en principe régulier que si un accord unanime des associés est obtenu.

Toutefois, il sera possible, si les statuts de la société le prévoient, d'obtenir un agrément régulier, sur décision unanime du groupe que forment les associés commandités, accompagnant un choix qui peut être seulement majoritaire, en nombre et en capital, du groupe formé par les associés commanditaires. Il sera même envisageable, pour ce qui concerne le seul cas de nantissement de parts sociales détenues par des associés commanditaires, constitué au profit d'autres associés, d'écarter l'obligation d'obtenir le consentement de la société à l'opération.

Parallèlement à ce qu'ont prévu les textes concernant les SARL, une fois l'agrément sollicité, l'absence de réponse dans les délais de la part de la société devrait valoir consentement au projet de nantissement. Toute réponse défavorable à la demande formulée devra être notifiée dans un délai de trois mois suivant la réception de la notification du projet de nantissement. Dans l'hypothèse où le constituant déciderait, en dépit d'une décision défavorable de la société, de conclure l'acte de nantissement, la validité de celui-ci ne serait pas entachée ; mais cela imposerait qu'une nouvelle demande d'agrément intervienne au moment de la réalisation de la garantie.

Agrément au moment de la réalisation. Dans le second cas, la demande d'agrément devra être formulée par le bénéficiaire du transfert de propriété découlant de la réalisation du nantissement ; que celle-ci s'effectue par vente forcée, attribution conventionnelle ou judiciaire. La société devra également ici, apporter une réponse à la demande d'agrément, dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande. Son silence serait interprété comme un consentement au transfert de propriété des parts sociales. Son refus d'agrément lui imposerait de faire acquérir les parts sociales faisant l'objet du nantissement par un ou plusieurs associés, dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus d'agrément, conformément à ce que nous avons indiqué à propos du nantissement de parts sociales de SARL. En l'absence de rachat, le transfert de propriété découlant de la réalisation du nantissement pourrait normalement être constaté.

III- Agrément du nantissement dans les SNC

Exigence d'un agrément pour toute cession. Tout comme évoqué pour les SCS, la validité de toute cession de parts de SNC est soumise à l'obligation d'obtenir un accord unanime des associés. En effet, l'article 274 de l'AUSCGIE, en son premier alinéa, dispose que : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec le consentement unanime des associés. Toute cession de parts sociales intervenue en violation du présent alinéa est nulle ». Le législateur OHADA n'envisage ici, aucune possibilité d'écarter cette forme de droit de veto reconnu à chaque associé, et, contrairement à ce que nous avons vu concernant les cessions de parts sociales d'autres sociétés, il importe assez peu que la cession soit effectuée au profit d'autres associés ou de tiers étrangers à la société. Une telle rigueur se justifie principalement par la force significative de l'*intuitu personae* dans les SNC, liée au caractère solidaire et illimité de la responsabilité des associés de la SNC.

Toutefois, afin de permettre aux associés de sortir de la société, le droit OHADA autorise que soit prévue au sein des statuts une procédure de rachat de parts sociales des associés sortants⁵¹³. En l'absence de toute limitation, cette procédure pourra aussi bien concerner les rachats effectués par les autres associés, que ceux effectués par la société elle-même.

Transposition des conditions de cession au nantissement. Concernant le nantissement de parts sociales de SNC, le législateur OHADA n'ayant expressément prévu aucune règle le régissant, nous pouvons nous appuyer pour les déterminer, à la fois sur les normes relatives à la cession de parts sociales, et au nantissement de parts sociales de SARL et de SCS.

Nous pourrions tout d'abord assez facilement admettre que le nantissement de parts sociales de SNC ne saurait être efficace sans que les associés de la société n'y accordent unanimement leur consentement. Dans le même sens que celui que nous avons indiqué en analysant les règles applicables aux SARL et aux SCS, l'agrément de la société, obtenu à travers le consentement des associés, peut intervenir à deux moments distincts : soit antérieurement à la conclusion de l'acte de nantissement, soit à l'occasion de la réalisation de la garantie.

Agrément au moment de la constitution. L'associé souhaitant obtenir l'agrément de la société dont les parts font l'objet du nantissement avant la conclusion de l'acte de garantie doit notifier le projet de nantissement à la société et à chacun des autres associés. La réponse de la société devra être transmise au constituant de la garantie dans un délai de trois mois suivant la

⁵¹³ Article 274 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « A défaut d'unanimité, la cession ne peut avoir lieu, mais les statuts peuvent aménager une procédure de rachat pour permettre le retrait de l'associé cédant ».

demande ; l'absence de réponse dans les délais valant acceptation du projet de nantissement. Le refus par la société, de donner son consentement, ne devrait pas faire échec à la validité de la garantie. Toutefois, pour que la garantie soit efficace, une demande d'agrément devra intervenir au moment de la réalisation du nantissement.

Agrément au moment de la réalisation. L'acquéreur de parts sociales de SNC dans le cadre de la réalisation d'une garantie dont elles font l'objet doit, pour que le transfert de propriété soit effectif, obtenir l'agrément de la société, régulier en cas d'accord de l'ensemble des associés. Que la réalisation s'effectue par le biais d'une vente, d'une attribution conventionnelle ou d'une attribution judiciaire, l'acquéreur devra notifier son acquisition à la société et à chaque associé. La société souhaitant s'opposer au transfert de propriété au profit de l'acquéreur devra notifier son refus dans un délai de trois mois suivant la réception de la notification adressée par l'acquéreur. Afin de préserver un équilibre entre les intérêts des créanciers et celui des associés, la société ne souhaitant pas délivrer d'agrément devra acquérir ou faire acquérir les parts sociales nanties.

IV- Agrément du nantissement dans les sociétés civiles

Quasi-inexistence de règles de cession propres. Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, les règles applicables aux sociétés civiles n'ont pas été organisées par le droit OHADA. L'appréciation de la régularité du nantissement des parts sociales de sociétés civiles dépend ainsi des normes internes aux différents Etats-Membres de l'OHADA. Exception faite du droit interne du Sénégal, qui est l'un des rares Etats-Parties à s'être détaché des règles de droit civil héritées de l'époque coloniale, difficile de trouver des normes utiles à la détermination des conditions de régularité du nantissement de parts sociales.

Exception sénégalaise. Nous pouvons tout d'abord indiquer qu'en droit sénégalais, la validité de toute cession de parts sociales de sociétés civiles est en principe soumise à l'agrément de la société. Cet agrément s'obtient notamment à la condition qu'une majorité d'associés donnent leur accord. Lorsque la cession des parts sociales est faite au profit d'autres associés, l'accord de la majorité absolue des associés est nécessaire à la régularité de la cession. Lorsque la cession

est faite au profit de tiers, l'accord d'une majorité qualifiée, correspondant aux trois-quarts des associés, est indispensable à l'obtention de l'agrément de la société⁵¹⁴.

L'exigence d'un agrément de la société pour la régularité de la cession de parts sociales de sociétés civiles concorde avec les conditions posées par l'AUSCGIE en matière de cession de parts sociales de SARL, de SNC et de SCS. Nous avons retenu que les règles applicables à ces dernières avaient en commun d'imposer un agrément de la société pour tout nantissement de parts sociales. Par opposition aux règles de droit sénégalais, l'agrément s'obtient en principe en cas d'accord de l'ensemble des associés.

Cette exigence correspond également à ce que prévoit le droit français concernant le nantissement de parts sociales de sociétés civiles. Il ressort en effet du premier alinéa de l'article 1861 du Code civil français que : « Les parts sociales ne peuvent être cédées qu'avec l'agrément de tous les associés ». Les associés sont toutefois ici autorisés, à travers les statuts, à rendre moins difficiles les conditions d'obtention de l'agrément, en substituant à la nécessité d'un accord unanime des associés, un accord à la majorité absolue ou qualifiée.

Transposition des conditions de cession au nantissement. Il ne serait pas incohérent d'étendre à tous les nantissements de parts sociales de sociétés civiles constitués au sein de l'espace OHADA, l'obligation d'obtenir l'accord de l'ensemble des associés. On pourrait également admettre la possibilité d'écarter, par le biais des statuts, le principe d'un accord unanime, au profit d'un accord majoritaire.

Par conséquent, l'efficacité du nantissement de parts sociales de sociétés civiles devrait, comme dans les cas précédemment développés, passer par l'agrément de la société. L'agrément pourrait ici également être sollicité, soit avant la constitution du nantissement, soit au moment de la réalisation de la garantie. La procédure développée dans le cadre du nantissement de parts sociales de SARL pourrait être transposée ici.

§2- Limites au libre nantissement d'actions

Principe supplétif de libre cessibilité. Les actions, à la différence des parts sociales, peuvent normalement être cédées, que ce soit aux autres associés de la société ou aux tiers, sans condition. C'est ce qu'indique le législateur OHADA concernant les SA, à l'article 764 de

⁵¹⁴ Article 787 alinéa 1^{er} du Code des obligations civiles et commerciales Sénégalais : « La part sociale est un droit mobilier qui peut être cédé : à un tiers à la majorité des trois-quarts ; à un associé à la majorité absolue ».

l'AUSCGIE, lorsqu'il affirme que : « les actions sont en principe librement transmissibles ». Par extension, le nantissement, acte d'une gravité moindre comparativement à la cession, devrait pouvoir être librement constitué lorsqu'il porte sur des actions.

Toutefois, il est admis que les actionnaires de SA introduisent au sein des statuts, ou par le biais de conventions extra-statutaires, des limites au principe de libre transmissibilité. C'est ce qui ressort principalement du premier alinéa de l'article 765 de l'AUSCGIE : « Nonobstant le principe de libre transmissibilité énoncé à l'article 764 ci-dessus, les statuts ou les conventions mentionnées à l'article 2-1 ci-dessus peuvent stipuler certaines limitations à la transmission des actions ».

Ce principe de libre cessibilité des actions s'applique également aux SAS. Il n'est pas expressément prévu par les textes, mais peut assez aisément se déduire des différentes exceptions qu'il est permis aux associés d'intégrer au sein des statuts de la société.

Le droit OHADA envisage principalement trois possibilités d'apporter des limites à cette libre transmissibilité. Il s'agit de l'introduction dans les statuts, soit d'une clause d'agrément (I), soit d'une clause de préemption (II), ou encore d'une clause d'inaliénabilité (III). Cependant, il est utile de noter que ces limitations sont privées d'effet lorsqu'elles concernent les « cas de succession, de liquidation de communauté de biens entre époux, ou de cession soit à un conjoint, soit à un ascendant ou un descendant »⁵¹⁵.

I- La clause d'agrément

Plan. Les clauses d'agrément peuvent être introduites au sein des statuts de SA (A) et de SAS (B).

A- La clause d'agrément dans les SA

Effets des clauses statutaires d'agrément de cession. Dans le cadre des règles applicables aux SA, le droit OHADA permet aux actionnaires de restreindre le droit de céder librement les actions dont ils sont titulaires au profit de tiers étrangers à la société, que la cession intervienne à titre onéreux ou à titre gratuit. Cette clause d'agrément oblige tout actionnaire souhaitant céder

⁵¹⁵ Article 765 de l'AUSCGIE alinéa 2.

ses actions à un tiers, à solliciter le consentement de la société. Elle ne peut toutefois être prévue dans les statuts de sociétés cotées⁵¹⁶.

Le respect, par l'actionnaire cédant, des exigences imposées du fait de l'existence d'une clause d'agrément, est une condition de validité de la cession d'actions aux tiers. L'article 771-1-1 de l'AUSCGIE dispose en effet que : « Toute cession d'actions réalisée en violation d'une clause d'agrément est nulle ».

Lorsqu'une clause d'agrément figure dans les statuts de la société, l'actionnaire cédant est tenu de notifier le projet de cession à la société. La demande d'agrément est transmise au conseil d'administration de la société ou à l'assemblée générale ordinaire des actionnaires. La société est alors tenue d'apporter une réponse à l'actionnaire cédant dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande d'agrément. A défaut, la société est considérée comme ayant donné son consentement à la cession⁵¹⁷.

En cas de refus d'agrément, la société est tenue, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, d'acquérir ou de faire acquérir les actions concernées par le projet de cession⁵¹⁸. En l'absence d'achat dans les délais prévus, l'agrément est considéré comme ayant été accordé⁵¹⁹.

Transposition au nantissement des effets des clauses d'agrément. Se pose désormais la question de l'application au nantissement de clauses d'agrément prévues dans les statuts de la société. Le législateur OHADA admet expressément l'extension au nantissement, de l'obligation de solliciter le consentement de la société, lorsque les actionnaires ont inséré au sein des statuts, une clause d'agrément. L'article 772 de l'AUSCGIE révèle notamment à travers son deuxième alinéa que : « Le projet de nantissement d'actions n'est opposable à la

⁵¹⁶ Article 765-3 de l'AUSCGIE : « Dans une société dont les actions ne sont pas admises à la négociation sur une bourse des valeurs, il peut être stipulé dans les statuts que la transmission d'actions à un tiers étranger à la société, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, est soumise à l'agrément du conseil d'administration ou de l'assemblée générale ordinaire des actionnaires ».

⁵¹⁷ Article 768 de l'AUSCGIE : « L'agrément résulte soit d'une notification, soit du défaut de réponse dans un délai de trois mois à compter de la demande ».

⁵¹⁸ Article 769 de l'AUSCGIE : « Si la société n'a agréé pas le cessionnaire proposé, le conseil d'administration ou l'administrateur général selon le cas, sont tenus dans le délai de trois mois à compter de la notification de refus, de faire acquérir les actions soit par un ou plusieurs actionnaire(s), soit par un tiers, soit par la société ».

⁵¹⁹ Article 771 de l'AUSCGIE : « Si à l'expiration du délai de trois mois à compter du refus d'agrément, l'achat n'est pas réalisé, l'agrément est considéré comme donné. Toutefois, au cas où un expert a été désigné pour fixer le prix, le délai peut être prorogé pour une période qui ne peut excéder trois mois, par les parties ou par la juridiction qui a désigné l'expert ».

société que s'il a été agréé par l'organe désigné à cet effet par les statuts pour accorder l'agrément à la transmission des actions ».

L'agrément du nantissement d'actions pourrait être sollicité à deux moments différents : soit avant la constitution de la garantie, soit à l'occasion de la réalisation de celle-ci.

Agrément au moment de la constitution du nantissement. Pour ce qui concerne la demande d'agrément formulée avant la constitution de la garantie, nous pouvons retenir que, l'actionnaire souhaitant constituer un nantissement sur ses actions, doit notifier à la société dont les parts font l'objet de la garantie, le projet de nantissement⁵²⁰. Contrairement à ce qu'il a prévu en matière de cession d'actions, le législateur OHADA n'indique pas quel est l'organe de la société compétent pour prendre la décision d'accorder ou non l'agrément au nantissement d'actions. Il laisse plutôt le soin aux associés de le déterminer à travers les statuts. La société dispose, à compter de la réception de la demande d'agrément, d'un délai de trois mois pour communiquer sa réponse. Le défaut de réponse dans ce délai vaut consentement au projet de nantissement d'actions⁵²¹.

Le consentement donné au projet de nantissement, ou l'absence de réponse formulée dans les délais, a pour conséquence de faire bénéficier par avance au potentiel acquéreur des actions nanties, en cas de réalisation forcée de la garantie, de l'agrément de la société. Le droit OHADA prévoit en effet au premier alinéa de l'article 772 de l'AUSCGIE que : « Si la société a donné son consentement à un projet de nantissement d'actions, ce consentement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des actions nanties, à moins que la société ne préfère racheter ces actions sans délai en vue de réduire son capital ».

Sanction en l'absence d'agrément. Dans l'hypothèse où la société refuserait d'accorder son consentement au projet de nantissement, la sanction à laquelle l'acte de nantissement pourrait faire face s'il était malgré tout conclu ne serait pas la nullité, comme c'est le cas pour l'acte de cession d'actions, mais correspondrait plutôt à l'inopposabilité à la société, ainsi que l'indique le deuxième alinéa de l'article 772 de l'AUSCGIE. Mais cette inopposabilité ne serait pas définitive, puisqu'une seconde demande d'agrément pourrait intervenir ultérieurement.

⁵²⁰ Article 773 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Le projet de nantissement doit avoir été préalablement adressé à la société par tout moyen permettant d'établir sa réception effective par le destinataire et indiquant les noms, prénoms et le nombre d'actions devant être nanties ».

⁵²¹ Article 773 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « L'accord résulte soit d'une acceptation du nantissement communiquée dans les mêmes formes que la demande d'agrément du nantissement, soit du défaut de réponse dans le délai de trois mois à compter de la demande ».

Il ne serait cependant pas très avisé de la part d'un créancier d'accepter qu'une obligation, dont l'exécution lui est due, soit garantie par un nantissement d'actions d'une société dont les statuts prévoient une clause d'agrément, en l'absence de consentement de la société au projet de nantissement. Le créancier pourrait dans ce cas être incité à solliciter une autre garantie.

Agrément au moment de la réalisation du nantissement. Concernant la demande d'agrément formulée à l'occasion de la réalisation de la garantie, nous soulignons qu'elle peut être régulièrement adressée à la société dont les titres ont été nantis, en présence, ou non, d'une première demande de consentement au projet de nantissement n'ayant pas connu une issue favorable. Le législateur OHADA dispose notamment au troisième alinéa de l'article 772 de l'AUSCGIE que : « A défaut de consentement préalable donné par la société, le transfert de propriété d'actions intervenant dans le cadre de la réalisation d'un nantissement est soumis à l'agrément de celle-ci ».

La demande d'agrément du cessionnaire des actions nanties suite à la réalisation du nantissement, contrairement à la demande de consentement du projet de nantissement, ne devrait pas être initiée par le constituant de la garantie. Il aurait en effet assez peu d'intérêt à ce que l'opération se réalise. Tant les textes que la jurisprudence restent encore silencieux sur ce point. L'initiative de cette démarche devrait être attribuée au cessionnaire ; ce dernier étant sans doute la personne ayant le plus intérêt à ce que le transfert de propriété des actions se produise efficacement.

Procédure d'agrément à la réalisation. De même, le droit OHADA n'apporte pas de précisions quant à la procédure associée à la demande d'agrément effectuée à l'occasion de la réalisation de la garantie portant sur les actions. Toutefois, nous pourrions nous appuyer sur la procédure d'agrément développée par le législateur OHADA concernant la cession d'actions.

Précisons tout d'abord que la procédure d'agrément ne devrait pas être différente selon que la réalisation de la garantie s'effectue par le biais de la vente forcée ou de l'attribution conventionnelle ou judiciaire.

Conformément aux textes relatifs à la cession d'actions que nous avons abordés un peu plus haut, une fois la demande d'agrément transmise à la société, celle-ci devrait, dans un délai de trois mois, apporter une réponse au cessionnaire. L'absence de réponse dans les délais devrait valoir agrément. Dans l'hypothèse où la société refuserait d'accorder son agrément au transfert de propriété des actions, elle serait tenue de racheter, ou de faire racheter, les actions concernées, dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus d'agrément. En

l'absence de rachat des actions, l'agrément devrait être considéré comme étant accordé. Nous pouvons observer ici que l'allongement de la procédure peut devenir assez importante, et représenter un élément négatif pour l'efficacité de la garantie.

B- La clause d'agrément dans les SAS

Libre détermination des conditions d'agrément des cessions. Les règles expressément associées à l'introduction de clauses d'agrément dans les statuts de SAS sont presque inexistantes. Le principal texte à identifier est l'article 853-18 de l'AUSCGIE. Il dispose que : « Les statuts peuvent, dans les conditions qu'ils déterminent, soumettre toute cession d'actions ou de valeurs donnant accès au capital à l'agrément préalable de la société et à un droit de préemption ».

Ainsi, lorsque les actionnaires de SAS prévoient une clause exigeant l'agrément de la société pour toute cession d'actions, les conditions auxquelles l'agrément pourrait être obtenu sont librement déterminées. Les autres conditions relatives à la procédure de sollicitation, aux effets de l'octroi ou du refus de l'agrément par la société, devraient sensiblement être les mêmes que celles que nous avons pu développer concernant les SA. Lorsque l'agrément de la société n'est pas obtenu dans les conditions fixées par les statuts, l'acte de cession est sanctionné par la nullité⁵²².

Effets de l'exigence statutaire d'agrément du nantissement. Parallèlement à la cession d'actions, le nantissement portant sur les actions de SAS peut en principe être librement constitué par celui qui en détient la propriété. Mais lorsqu'une clause d'agrément est exigée par les statuts pour toute cession d'actions, l'efficacité du nantissement portant sur les actions de SAS est soumise au respect de cette exigence. Conformément à ce que nous avons précédemment souligné, l'agrément de la société pourra être sollicité soit antérieurement à la constitution de la garantie, soit à l'occasion de la réalisation de celle-ci.

Agrément au moment de la constitution du nantissement. Pour obtenir le consentement de la société avant la constitution de la garantie, le constituant devra notifier le projet de nantissement à la société et à tous les autres associés. La réponse de la société devra intervenir dans les trois mois suivant la réception de la notification. Le consentement donné par la société,

⁵²² Article 853-19-1 de l'AUSCGIE : « Toute cession d'actions ou de valeurs mobilières donnant accès au capital effectuée en violation d'une clause statutaire introduite en application des articles 853-17, 853-18 et 853-19 ci-dessus est nulle ».

dans les conditions prévues par les statuts, permet d'assurer un transfert régulier de la propriété des actions nanties, en cas de réalisation de la garantie. L'absence de réponse de la société dans les délais devrait valoir acceptation. Le refus par la société de donner son consentement au projet de nantissement, ne devrait pas faire obstacle à la validité de la garantie néanmoins constituée. Mais cela contraindrait le bénéficiaire du transfert de propriété découlant de la réalisation du nantissement, à solliciter une nouvelle fois l'agrément de la société.

Agrément au moment de la réalisation du nantissement. Pour obtenir l'agrément de la société au moment de la réalisation du nantissement, la procédure et les conditions d'obtention d'un agrément régulier devraient être les mêmes que celles qui ont été indiquées pour les demandes d'agrément effectuées antérieurement à la constitution de la garantie. La distinction s'opère en cas de décision de refus d'agrément de la part de la société. Celle-ci devrait obliger la société à acquérir, ou à faire acquérir, les actions nanties dans un délai de trois mois suivant la notification de la décision de refus d'agrément. En l'absence de rachat dans les délais, l'agrément devrait être considéré comme acquis.

II- La clause de préemption

Notion. Le droit OHADA autorise les actionnaires, que ce soit dans les SA ou dans les SAS, à limiter la liberté de transférer la propriété de leurs actions à des tiers, en prévoyant une clause de préemption. Celle-ci permet à tout actionnaire qui en bénéficie, de se substituer, dans le cadre d'une opération de cession d'actions, à celui qui en est l'acquéreur, aux mêmes conditions que ce dernier.

Régime commun aux SA et SAS. Cette clause de préemption peut, soit être insérée au sein des statuts de la société, soit faire l'objet d'une convention extra-statutaire. Bien qu'ayant expressément prévu la possibilité d'inclure dans les statuts des SAS une clause de préemption⁵²³, le législateur OHADA n'en organise pas le régime, à la différence de ce qu'il fait concernant les SA. Il ne semble toutefois pas y avoir d'obstacle à ce que les normes prévues pour les SA soient étendues aux SAS. Les règles développées ici seront par conséquent valables à la fois pour les SA et pour les SAS.

⁵²³ Article 853-18 de l'AUSCGIE précité.

Procédure de préemption. L'actionnaire cédant est, du fait de la présence de la clause, tenu de notifier son intention de céder ses actions aux autres actionnaires de la société⁵²⁴. Il doit notamment préciser dans sa notification, le prix et les conditions auxquelles il envisage de céder ses actions. L'actionnaire souhaitant se porter acquéreur des actions cédées doit faire connaître son intention de se prévaloir de la clause de préemption. Cependant, les textes ne précisent pas le délai dont disposent les actionnaires bénéficiant de la clause de préemption, pour faire connaître leur intention de s'en prévaloir. On pourrait penser qu'à compter du moment où ils reçoivent la notification du projet de cession d'actions, ils disposent d'un délai raisonnable pour se prononcer.

Sanction : la nullité. Le respect par l'actionnaire cédant des obligations relatives à l'existence d'une clause de préemption est une condition de validité de la cession. Toute cession d'actions qui interviendrait sans en tenir compte serait en effet sanctionnée par la nullité de l'acte. Lorsque la clause de préemption a été intégrée aux statuts, la nullité de l'acte de cession est prononcée indépendamment de la bonne ou de la mauvaise foi du cessionnaire⁵²⁵. Il n'en est pas de même en ce qui concerne les cas dans lesquels la clause de préemption a plutôt fait l'objet d'une convention extra-statutaire. Dans cette hypothèse, la nullité de l'acte de cession ne pourra être prononcée qu'à la condition que la mauvaise foi de l'acquéreur soit établie. Il faut pour cela apporter la preuve que ce dernier avait connaissance de l'existence de la clause de préemption, ou *a minima*, démontrer qu'il ne pouvait l'ignorer⁵²⁶.

Effets sur le nantissement. Les limites posées au principe de libre transmissibilité des actions par le biais de la clause de préemption, sont également susceptibles de produire des effets en matière de nantissement d'actions. Ces effets ne se feront toutefois pas ressentir au niveau de la conclusion de l'acte de nantissement, mais plutôt au moment de la réalisation de la garantie. Le législateur OHADA indique notamment à l'article 773-1 de l'AUSCGIE que : « Dans le cas d'une cession d'actions résultant de la réalisation d'un nantissement en violation d'une clause

⁵²⁴ Article 771-2 de l'AUSCGIE : « Il peut être stipulé dans les statuts ou les conventions de l'article 2-1 ci-dessus que l'actionnaire qui entend céder tout ou partie de ses actions est tenu de le notifier à un ou plusieurs autres actionnaires, qui peuvent faire connaître au cédant qu'ils exercent un droit de préemption aux prix et conditions qui lui ont été notifiés ».

⁵²⁵ Article 771-3 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les statuts, toute cession d'action réalisée en violation du droit de préemption est nulle ».

⁵²⁶ Article 771-3 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Dans le cas où une clause de préemption est stipulée dans les conventions de l'article 2-1 ci-dessus, toute cession d'actions réalisée en violation du droit de préemption est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des bénéficiaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence ».

statutaire de préemption, les dispositions des articles 771-3 et suivants ci-dessus ont applicables ».

Ainsi, qu'il s'agisse d'une réalisation de la garantie par attribution conventionnelle ou judiciaire, ou d'une réalisation par vente forcée, notification du transfert doit être adressée à tous les actionnaires bénéficiaires de la clause de préemption. Le constituant de la garantie n'ayant pas la maîtrise de la procédure de réalisation de la garantie, il serait judicieux d'admettre que la notification de l'acquisition des actions soit effectuée par l'acquéreur.

Dans l'hypothèse où le créancier bénéficiaire du nantissement d'actions ferait le choix de réaliser sa garantie par le biais de la vente forcée, l'actionnaire souhaitant faire jouer la clause de préemption pourra devenir acquéreur des actions concernées, au prix obtenu à l'issue de l'opération de vente.

Dans l'hypothèse où le créancier bénéficiaire ferait plutôt le choix d'une réalisation par attribution conventionnelle ou judiciaire, la mise en œuvre de la clause de préemption aboutirait à l'acquisition des actions initialement nanties, au prix déterminé par l'expert chargé d'évaluer, comme l'exigent les dispositions de l'AUS, l'objet de la garantie. Pour les actions cotées, le prix d'acquisition correspondrait à la valeur des actions sur le marché.

III- La clause d'inaliénabilité

Encadrement strict des clauses d'inaliénabilité. La liberté reconnue aux actionnaires de SA et de SAS de transférer la propriété de leurs actions aux tiers peut également être limitée lorsqu'est prévue, par les associés, une clause d'inaliénabilité des actions. En raison de la dureté de la contrainte à laquelle une telle clause pourrait soumettre les actionnaires, sa validité est strictement encadrée par le droit OHADA. Elle n'est susceptible de produire d'effet que si elle est limitée dans le temps, et justifiée par un motif sérieux et légitime. Il est d'ailleurs précisé par les textes que la durée de l'inaliénabilité prévue par les actionnaires ne peut être supérieure à dix ans^{527 528}.

⁵²⁷ Article 765-1 de l'AUSCGIE : « Les clauses d'inaliénabilité affectant des actions ne sont valables que si elles prévoient une interdiction d'une durée inférieure ou égale à dix ans et qu'elles sont justifiées par un motif sérieux et légitime ».

⁵²⁸ Article 853-17 de l'AUSCGIE : « Les statuts de la société peuvent prévoir l'inaliénabilité des actions ou des valeurs mobilières donnant accès au capital pour une durée n'excédant pas dix ans ».

Sanction. La clause d'inaliénabilité peut, soit être introduite dans les statuts de la société, soit faire l'objet d'une convention extra-statutaire. La sanction qui pourrait être appliquée aux actes de cession d'actions conclus en méconnaissance de la clause d'inaliénabilité est la nullité. Cette nullité est prononcée indépendamment de la bonne ou mauvaise foi de l'acquéreur, lorsque la clause d'inaliénabilité apparaît au sein des statuts de la société⁵²⁹. A contrario, lorsque la clause d'inaliénabilité figure dans une convention extra-statutaire, la sanction de la nullité ne peut être appliquée que s'il est prouvé que le cessionnaire avait connaissance de son existence, ou s'il est établi qu'il ne pouvait l'ignorer⁵³⁰.

Effets sur le nantissement. Le droit OHADA ne donne aucune indication quant à la possibilité d'étendre les effets d'une clause d'inaliénabilité aux cas de nantissement d'actions.

Il serait tout à fait possible de considérer que le nantissement est, dès sa constitution, un acte d'aliénation du bien qui en fait l'objet, dont les effets ne se produisent entièrement qu'à la condition que le débiteur de l'obligation garantie soit défaillant. Dans cette optique, l'acte de nantissement portant sur des actions dont la cession est soumise à une clause d'inaliénabilité, devrait être considéré comme nul, avec la nécessité que l'absence de bonne foi du créancier bénéficiaire de la garantie soit établie, lorsque la clause d'inaliénabilité émane d'une convention extra-statutaire.

Mais, il serait également possible d'estimer que l'acte de nantissement, au moment de sa conclusion, ne prive pas le constituant de sa qualité de propriétaire ; qu'il reste largement maître du sort du bien faisant l'objet de la garantie, qu'il pourra notamment conserver en exécutant l'obligation garantie, qu'il en soit le débiteur ou non. Dans le cadre de cette approche, le moment de l'aliénation du bien objet de la garantie pourrait être cantonné au niveau de la réalisation du nantissement.

Par conséquent, la conclusion d'un acte de nantissement d'actions concernées par une clause d'inaliénabilité ne devrait pas être frappée de nullité. Mais le nantissement pourrait se révéler inefficace, au moins temporairement, en raison de l'impossibilité devant laquelle se trouvera le créancier bénéficiaire de la garantie, de poursuivre la réalisation de cette dernière, pendant la durée de validité de la clause d'inaliénabilité. Cette clause serait alors opposable à tout créancier

⁵²⁹ Article 765-2 alinéa 1^{er} de l'AUSCGIE : « Dans le cas où une clause d'inaliénabilité est stipulée dans les statuts, toute cession d'actions réalisée en violation de cette clause est nulle ».

⁵³⁰ Article 765-2 alinéa 2 de l'AUSCGIE : « Dans le cas où une clause d'inaliénabilité est stipulée dans les conventions visées à l'article 2-1 ci-dessus, toute cession d'actions réalisée en violation de cette clause est nulle dès lors qu'il est démontré que l'un des cessionnaires en avait connaissance ou ne pouvait en ignorer l'existence ».

nanti souhaitant réaliser sa garantie lorsqu'elle aura été prévue par les statuts de la société, indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi. Cette clause d'inaliénabilité ne serait par contre pas opposable aux créanciers nantis dont l'absence de bonne foi n'aura pas été établie, dans l'hypothèse où elle aura été introduite au sein d'une convention extra-statutaire.

La première option paraît conforme à la position adoptée en matière d'hypothèque en droit français, par le biais de la jurisprudence. La Cour de Cassation française a en effet affirmé, par une décision rendue en première chambre civile le 23 février 2012, que : « les biens frappés d'inaliénabilité ne sont pas susceptibles d'hypothèque conventionnelle, comme ne se trouvant pas dans le commerce au sens de l'article 2397 du Code civil »⁵³¹. Il serait tentant, en l'étendant au nantissement, d'appliquer la même solution en droit OHADA.

Cependant, en limitant les effets que pourraient avoir une clause d'inaliénabilité sur une convention de nantissement d'actions, tout en préservant les droits reconnus aux actionnaires non-constituants, la seconde option semble être plus respectueuse de la volonté du législateur OHADA de renforcer la situation des créanciers, en réduisant notamment les causes d'inefficacité des garanties. C'est donc le sens dans lequel il serait opportun d'orienter la détermination des effets de la clause d'inaliénabilité sur le nantissement d'actions.

⁵³¹ Cass. Fr., Civ. 1^{ère}, 23 février 2012, n° 09-13. 113.

CHAP II : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES

Notion. Le droit des procédures collectives renvoie à un ensemble de règles, destinées à appréhender les problématiques liées à la survenance de difficultés au sein d'entreprises de droit privé. Il est possible d'aborder la question des difficultés éprouvées par les entreprises du point de vue de leurs causes, dans l'optique de les assécher ; ou encore au regard de leurs conséquences, avec l'objectif d'en réduire les effets néfastes.

Causes des difficultés des entreprises. Pour ce qui est des causes des difficultés rencontrées par les entreprises, nous pouvons retenir, l'appréciation insuffisante de la viabilité du projet au moment de son lancement. Il est également possible que les difficultés d'une entreprise découlent d'une conjoncture économique défavorable. Il pourrait aussi arriver que l'action des dirigeants de l'entreprise soit, en raison de leur compétence limitée, ou de leur attitude frauduleuse, la cause principale de ces difficultés. Dans le cadre du droit des procédures collectives, les mesures visant à réduire ces causes sont surtout axées sur l'attitude des dirigeants des entreprises en difficulté. Elles consistent à sanctionner plus ou moins sévèrement les actes frauduleux dont ils pourraient se rendre coupables.

Enjeux. En ce qui concerne les effets des difficultés rencontrées par les entreprises, nous pouvons retenir qu'ils sont susceptibles de conduire, et se révèlent même souvent ainsi, à l'impossibilité de faire face aux engagements pris à l'égard de tiers. La défaillance d'une entreprise peut être synonyme de perte de créance pour un ou plusieurs partenaires commerciaux de celle-ci. Ce qui pourrait représenter une source de difficultés pour ces derniers. Afin d'éviter une telle contamination, le droit des procédures collectives est également mû par l'ambition d'organiser le paiement des créanciers de l'entreprise en difficulté.

En outre, nous pouvons souligner que les entreprises sont généralement source de recettes fiscales, ou encore d'emplois. L'intensification de leurs difficultés et leur disparition, représentent dès lors une perte de recettes fiscales et d'emplois. C'est la raison pour laquelle, la sauvegarde des entreprises connaissant des difficultés, anime également l'esprit du droit des procédures collectives.

Ainsi, le droit des procédures collectives établit un équilibre entre la sauvegarde des entreprises en difficulté, la satisfaction des créanciers de l'entreprise, et les sanctions réservées aux dirigeants. Cet équilibre peut être favorable, selon les lieux et les temps, à l'un ou à l'autre de ces objectifs⁵³². S'opposent généralement assez clairement, l'objectif de sauvegarde de l'entreprise en difficulté, et celui de satisfaction des créanciers. Le second, représentant l'objectif prioritaire du droit des garanties du crédit, de l'importance accordée à la sauvegarde des entreprises, devrait également dépendre l'efficacité des garanties accordées aux créanciers. Par conséquent, le droit des procédures collectives est intimement lié au droit des garanties du crédit.

Harmonisation en droit OHADA. Le droit des procédures collectives a fait l'objet d'une organisation au niveau de l'OHADA pour la première fois, le 10 avril 1998, à travers l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif. Cet Acte uniforme a fait l'objet d'une réforme adoptée le 10 septembre 2015, et publiée le 25 septembre 2015. L'Acte uniforme réformé n'a été déclaré applicable qu'aux procédures collectives ouvertes postérieurement à son entrée en vigueur⁵³³, dont la date peut être établie au 24 décembre 2015⁵³⁴.

Le champ d'application de l'AUPC se révèle être assez large, puisque les différentes règles le composant s'imposent en principe à toutes les personnes physiques et morales exerçant une activité économique dans l'espace géographique de l'OHADA. Sont aussi bien concernées les personnes conduisant de manière indépendante une activité commerciale, que celles menant une activité de nature traditionnellement civile ; notamment les professions agricoles, artisanales ou encore libérales. Sont cependant exclues du champ d'application de l'AUPC, les personnes morales de droit public. Toutefois, n'y échappent pas les entreprises publiques constituées sous la forme de personnes morales de droit privé⁵³⁵.

⁵³² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, Lextenso, 10^{ème} édition, n° 1.

⁵³³ Article 257 de l'AUPC : « Le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif du 10 avril 1998, n'est applicable qu'aux procédures collectives ouvertes après son entrée en vigueur ».

⁵³⁴ Article 258 de l'AUPC : « Le présent Acte uniforme sera publié au Journal Officiel de l'OHADA et des Etats Parties dans un délai de soixante jours à compter de la date de son adoption. Il entrera en vigueur quatre-vingt-dix jours à compter de la date de sa publication au journal officiel de l'OHADA conformément à l'article 9 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique ».

⁵³⁵ Article 1-1 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Le présent Acte uniforme est applicable à toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole, à toute personne morale de droit privé ainsi qu'à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé ».

Objectifs assignés aux procédures collectives. Par ailleurs, nous nous devons de relever que, le droit des procédures collectives se caractérise aussi par l'organisation de différentes procédures destinées à sauvegarder l'activité des entreprises en difficulté, ou à assurer le paiement de leurs créanciers, conformément aux objectifs définis par le législateur. Ces procédures se voient généralement attribuer le terme de procédures collectives.

Sur la base d'une vision traditionnelle du droit des procédures collectives, privilégiant la satisfaction des créanciers des entreprises en difficulté, il serait possible de définir une procédure collective comme étant « une procédure patrimoniale universelle, qui appréhende tous les actifs du patrimoine du débiteur et envisage le règlement de toutes ses dettes en soumettant les créanciers à une discipline collective »⁵³⁶. Mais si l'on souhaite tenir compte de l'importance contemporaine de l'objectif de sauvegarde de l'activité des entreprises en difficulté, il est préférable de regarder une procédure collective comme étant une procédure qui « implique tous les créanciers d'un débiteur défaillant et les soumet à une même loi »⁵³⁷.

Procédures collectives du droit OHADA. Le législateur OHADA distingue quatre types de procédures collectives : une procédure dite de conciliation, une procédure dite de règlement préventif, une procédure dite de redressement judiciaire, et une procédure dite de liquidation⁵³⁸. Les deux premières ne peuvent intervenir qu'à la condition que l'entreprise en difficulté concernée ne soit pas en situation de cessation des paiements^{539 540}. Lorsque c'est le cas, seules les procédures de redressement judiciaire et de liquidation sont susceptibles d'être engagées⁵⁴¹.

Il pourrait être utile de noter que la procédure de conciliation se démarque des autres types de procédures du fait de la prédominance du caractère conventionnel. L'accord des créanciers est, en matière de conciliation, nécessaire à leur soumission à une discipline collective. Ne pourront par conséquent pas être contraints par les mesures prises dans le cadre d'une procédure de conciliation, les créanciers de l'entreprise en difficulté concernée qui n'y auront pas participé.

⁵³⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, Lextenso, 10^{ème} édition, n° 2.

⁵³⁷ J-L. VALLENS, *La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ?*, RTD com. 2011, 644.

⁵³⁸ Le droit français connaît lui aussi quatre types de procédures collectives. Il s'agit de : la procédure de conciliation, la procédure de sauvegarde, la procédure de redressement judiciaire, et la procédure de liquidation judiciaire.

⁵³⁹ Article 5-1 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « La conciliation est ouverte au profit de personnes visées par l'article 1-1 ci-dessus, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisibles mais qui ne sont pas encore en situation de cessation des paiements ».

⁵⁴⁰ Article 6 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Le règlement préventif est ouvert au débiteur qui, sans être en situation de cessation des paiements, justifie de difficultés financières ou économiques sérieuses ».

⁵⁴¹ Article 25 alinéa 1^{er} : « La procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens est ouverte à tout débiteur en état de cessation des paiements ».

Ce qui n'est pas le cas concernant le règlement préventif, le redressement judiciaire ou encore la liquidation judiciaire, qui soumettent plus ou moins lourdement les créanciers d'entreprises en difficulté, à des contraintes auxquelles ils n'auront pas donné leur assentiment.

Objectif prioritaire en droit OHADA. L'AUPC, au regard des objectifs déclarés par le législateur OHADA à l'article premier du texte, semble accorder une priorité à la préservation « des activités économiques et des niveaux d'emplois des entreprises débitrices », à la condition que l'activité de l'entreprise soit considérée comme viable. Ce n'est que lorsque cette viabilité fait défaut, que l'accent est mis sur la satisfaction des créanciers de l'entreprise en difficulté. Par ailleurs, l'AUPC aménage un certain nombre de sanctions patrimoniales, professionnelles et pénales visant les dirigeants d'entreprises en difficulté.

L'accent ainsi mis sur la sauvegarde de l'activité devrait représenter un risque significatif pour l'efficacité des garanties accordées aux créanciers des entreprises en difficulté. Ce risque est identifié non seulement au niveau de l'existence des garanties accordées par les entreprises en difficulté (SECTION I), mais également au niveau de leur réalisation (SECTION II).

SECTION I : PROCEDURES COLLECTIVES ET CONSTITUTION DES GARANTIES DU CREDIT

Plan. Il est aisément admis que, l'existence de garanties du crédit accordées par une entreprise connaissant des difficultés, est susceptible d'être menacée lorsqu'elle est accordée après l'ouverture d'une procédure collective (§2). Mais il faut également souligner qu'il est possible que, la régularité de la constitution, ou la survie d'une garantie accordée avant l'ouverture d'une procédure collective, soit remise en cause (§1).

§1- Risque de remise en cause de garanties constituées avant l'ouverture d'une procédure collective

Risque limité au redressement judiciaire et à la liquidation. L'ouverture d'une procédure collective est susceptible de remettre en cause l'existence (II) ou l'opposabilité (I) de garanties antérieurement constituées. Le sacrifice ainsi fait au détriment de certains créanciers peut se justifier par la volonté de sanctionner un comportement jugé inapproprié émanant de ces derniers, ou par le souhait de protéger la masse des créanciers. Ces obstacles à l'efficacité des garanties du crédit ne sont normalement pas identifiables dans le cadre d'une procédure de conciliation, ou d'une procédure de règlement préventif. Seront par conséquent uniquement concernés par les développements qui suivront, le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

I- Opposabilité incertaine des garanties du crédit constituées antérieurement

Plan. L'efficacité des garanties du crédit accordées à certains créanciers pourrait se voir contestée en raison du moment de leur constitution, principalement lorsque celle-ci intervient au cours de la période dite suspecte (B). Il pourrait également arriver que l'opposabilité des garanties consenties pose quelque difficulté du fait de la diligence insuffisante du créancier qui en bénéficie (A) ; ou encore, pour les cas particuliers aux garanties réelles, en raison des limites posées au droit d'inscrire sa garantie (C).

A- Opposabilité des garanties du crédit affectée par le défaut de déclaration

Domaine de l'obligation de déclaration des créances. L'ouverture d'une procédure collective impose classiquement aux créanciers de l'entreprise en difficulté de déclarer aux organes de la procédure, les créances dont ils sont titulaires à l'égard de celle-ci. Au sein du droit OHADA, une telle obligation ne concerne ni la conciliation, ni la procédure de règlement préventif. Seuls les créanciers d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire ou d'une procédure de liquidation judiciaire sont soumis à cette obligation de déclaration.

Echappent néanmoins à l'obligation de déclaration de créances, les créanciers dits d'aliments⁵⁴².

Délai de déclaration. Les créanciers de l'entreprise en difficulté sont tenus de déclarer leurs créances dans un délai limité. Ce délai dépend du lieu où est domicilié le créancier. Lorsque le créancier a son domicile dans l'Etat-Partie où la procédure collective a été ouverte, le délai qui lui est imparti est de soixante jours, à compter de la date à laquelle il est considéré avoir pris connaissance de l'ouverture de la procédure collective⁵⁴³. Lorsque le créancier a son domicile dans un Etat-Partie autre que celui dans lequel la procédure collective a été ouverte, le délai prévu est de quatre-vingt-dix jours⁵⁴⁴.

Pour déterminer le point de départ du délai dans lequel un créancier est tenu de déclarer sa créance, il faut vérifier si sa créance à l'égard de l'entreprise en difficulté a pour source un contrat publié, ou encore s'il dispose d'une garantie ayant fait l'objet d'une publicité. Lorsque la situation du créancier ne correspond à aucun de ces deux cas, la date à laquelle il est supposé avoir pris connaissance de l'ouverture de la procédure collective correspondant au jour de la deuxième publication de la décision dans l'Etat-Partie concerné⁵⁴⁵, celui-ci fera office de point de départ du délai. Lorsque la situation du créancier correspond au moins à l'un des deux cas indiqués, n'étant considéré comme ayant été régulièrement informé qu'à compter de la notification de l'avertissement devant lui être personnellement fait, par le syndic, concernant l'obligation qui est la sienne de déclarer sa créance, le point de départ du délai de déclaration devra être fixé à la date d'accomplissement de cette formalité⁵⁴⁶.

⁵⁴²S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, 24^e édition: Une créance d'aliments est une « prestation ayant généralement pour objet une somme d'argent, destinée à assurer la satisfaction des besoins vitaux d'une personne ».

⁵⁴³ Article 78 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « A partir de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens et jusqu'à l'expiration d'un délai de soixante jours suivant la deuxième insertion dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné tel que défini à l'article 1-3 ci-dessus, tous les créanciers composant la masse, à l'exception des créanciers d'aliments, doivent, sous peine de forclusion, produire leurs créances auprès du syndic ».

⁵⁴⁴ Article 78 alinéa 2 de l'AUPC : « Les créanciers domiciliés hors du territoire national où la procédure a été ouverte bénéficient d'un délai de quatre-vingt-dix jours pour produire leurs créances ».

⁵⁴⁵ Sur e fondement de l'article 37 de l'AUPC, l'ouverture de toute procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens doit faire l'objet de deux publicités dans l'Etat-Partie concerné, dans des termes identiques et suivant les mêmes modalités. La seconde publicité doit toutefois intervenir « au plus tôt dans les quinze jours, et au plus tard dans les trente jours à compter de la date de la première publicité ».

⁵⁴⁶ Article 79 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Le délai de production des créances ne commence à courir à l'égard des créanciers bénéficiant d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publicité ou liés au débiteur par un contrat publié qu'à compter de la notification de l'avertissement qui doit leur être personnellement donné par le syndic d'avoir à produire leur créance par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite, adressé, s'il y a lieu, à domicile élu ».

Sanction : inopposabilité de la créance. Tout manquement à l'obligation de déclaration envisagée ici, est sanctionné par l'inopposabilité de la créance non déclarée, à la fois à l'entreprise faisant l'objet de la procédure collective, et à la masse des créanciers. Cette inopposabilité est effective pendant toute la durée de la procédure de redressement judiciaire, période d'exécution du concordat de redressement comprise, ou de la procédure de liquidation des biens⁵⁴⁷. Le créancier forclos est ainsi privé de toute possibilité de recevoir paiement de la part du débiteur en difficulté en cas de liquidation des biens ; puisque l'ouverture d'une telle procédure « met fin à l'activité de l'entreprise débitrice »⁵⁴⁸ ; et ne conserve qu'une probabilité infime d'être payé par le débiteur en cas de redressement judiciaire.

Extension de la sanction aux garanties. Nous pouvons sans difficulté admettre que, la sanction de l'inopposabilité s'appliquant aux créances non déclarées s'étend aux éventuelles garanties réelles qui leur sont rattachées. Mais nous pouvons nous interroger sur la possibilité qu'ont les garants personnels, ou réels, du débiteur faisant l'objet de la procédure, de bénéficier des avantages d'une telle sanction.

Lorsque nous nous arrêtons sur la formulation du premier alinéa de l'article 83 de l'AUPC précité, nous constatons que les garants, personnels comme réels, n'ont pas été intégrés à la catégorie des personnes à l'égard desquelles la créance non déclarée est inopposable. Ce qui pourrait conduire à ce que, le créancier n'ayant pas souscrit à l'obligation de déclaration de créances, puisse réaliser sa garantie à l'égard des garants pour autrui, que ce soit pendant ou après la mise en œuvre de la procédure de redressement judiciaire, ou de la procédure de liquidation des biens.

L'admission d'une telle interprétation aurait pour effet, de faire reposer sur le garant les effets du défaut de diligence du créancier forclos, et relativiserait pour les créanciers bénéficiant d'une garantie pour autrui, l'obligation de déclaration des créances. Afin de réduire la charge pesant ainsi sur eux, les garants pour autrui devraient être admis à déclarer leurs créances, en admettant que celles-ci existent au moins en germe dès la constitution de la garantie. L'AUPC et la CCJA restent encore muets concernant cette problématique.

⁵⁴⁷ Article 83 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Les créanciers qui n'ont pas produit dans les délais et aux conditions prévus aux articles 78 à 80 ci-dessus et qui n'ont pas été relevés de forclusion ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes. Leurs créances sont inopposables à la masse et au débiteur pendant la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, y compris durant la période d'exécution du concordat de redressement judiciaire ».

⁵⁴⁸ Article 113 alinéa 1^{er} de l'AUPC.

B- Opposabilité incertaine des garanties du crédit constituées au cours de la période suspecte

Notion. L'expression « période suspecte » est généralement utilisée pour désigner l'intervalle qui sépare le jour identifié comme étant celui de la date de cessation des paiements, et le jour de l'ouverture d'une procédure collective. La date de cessation des paiements est normalement déterminée par la juridiction prenant la décision d'ouvrir la procédure collective⁵⁴⁹. Elle ne peut toutefois, remonter à une date antérieure à une période de dix-huit mois précédant l'ouverture de la procédure collective⁵⁵⁰.

En l'absence de précision concernant la date de cessation des paiements, celle-ci est établie à la date d'ouverture de la procédure collective. Ce qui aurait pour conséquence d'exclure toute période suspecte. L'état de cessation des paiements y étant intimement lié, la période suspecte, ainsi que ses effets, ne peuvent être évoqués en droit OHADA que lorsque la procédure collective ouverte est un redressement judiciaire ou une liquidation judiciaire⁵⁵¹.

Risque d'inopposabilité des garanties constituées. Les garanties du crédit, qu'elles soient personnelles ou réelles, accordées pour couvrir les obligations d'une entreprise en difficulté, peuvent, lorsque leur constitution intervient au cours de la période suspecte, voir leur opposabilité contestée⁵⁵². Ce traitement est révélateur de la méfiance dont fait preuve le législateur OHADA à l'égard de certains types d'actes, en raison d'un risque important de fraude. Il énumère limitativement les cas dans lesquels les garanties accordées aux créanciers de l'entreprise en difficulté peuvent être déclarées inopposables. Il distingue notamment les inopposabilités de droit (1) des inopposabilités facultatives (2). Il précise le cadre dans lequel cette inopposabilité pourrait être requise, ainsi que les effets de celle-ci (3).

⁵⁴⁹ Article 34 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « La juridiction compétente doit fixer provisoirement la date de cessation des paiements, faute de quoi celle-ci est réputée avoir lieu à la date de la décision qui la constate ».

⁵⁵⁰ Article 34 alinéa 2 de l'AUPC : « La date de cessation des paiements ne peut être antérieure de plus de dix-huit mois au prononcé de la décision d'ouverture ».

⁵⁵¹ Article 67 de l'AUPC : « La période suspecte commence à compter de la date de cessation des paiements et prend fin à la date de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ».

⁵⁵² Le législateur OHADA s'est montré ici moins sévère à l'égard des créanciers que son homologue français ; puisque ce dernier, pour des cas similaires à ceux qui sont distingués à l'article 67 de l'AUPC, en lieu et place de l'inopposabilité, applique la sanction de la nullité des actes. Il est notamment indiqué à l'article L 632-1, I, 6°) du Code de commerce français qu'est nulle lorsqu'elle intervient au cours de la période suspecte, « toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour des dettes antérieurement contractées ».

1- Inopposabilité de droit

Caractéristiques. Le législateur OHADA déclare inopposables de droit, un certain nombre d'actes consentis par les entreprises en difficulté, au cours de la période suspecte. Il est toutefois nécessaire de noter que, cette inopposabilité n'est susceptible de bénéficier qu'à la masse des créanciers de l'entreprise en difficulté. L'expression inopposabilité de droit est utilisée ici, afin d'identifier les situations dans lesquelles la masse des créanciers, par la voix de son représentant, le syndic, a la certitude d'obtenir de la part de la juridiction saisie, à partir du moment où l'on se trouve dans l'un des cas énumérés par la loi, et où la demande en est faite, le prononcé de l'inopposabilité.

Domaine. La méfiance affichée à l'égard de ces actes étant motivée par la volonté de préserver de manière optimale le patrimoine des entreprises en difficulté, en vue d'assurer la protection des intérêts des créanciers dans leur ensemble, les garanties personnelles, engageant le patrimoine de tiers, ne devraient, a priori, pas être concernées par le risque d'inopposabilité. Ne devraient non plus être concernées, pour la même raison, les garanties réelles constituées par des tiers.

Nous devrions normalement écarter à ce niveau, les garanties autres que conventionnelles. Car dans les garanties légales ou judiciaires, le risque de fraude entre le débiteur et le créancier, dont la sanction de l'inopposabilité vient réduire les effets, est absent au stade de la constitution.

Le législateur OHADA, à l'article 68, 5°) de l'AUPC, pose le principe selon lequel, est inopposable de droit à la masse des créanciers, lorsqu'elle est constituée pendant la période suspecte, « toute sûreté réelle conventionnelle constituée à titre de garantie d'une dette antérieurement contractée, à moins qu'elle ne remplace une sûreté antérieure d'une nature et d'une étendue au moins équivalentes ou qu'elle soit consentie en exécution d'une convention antérieure à la cessation des paiements ».

Il en ressort justement que, sont à l'abri de toute inopposabilité de droit, les garanties non-issues de conventions. Il en est de même pour celles qui, personnelles comme réelles, auront été constituées par des tiers pour couvrir les obligations souscrites par l'entreprise en difficulté.

Tombent cependant sous le coup de la méfiance, les garanties réelles constituées par l'entreprise en difficulté au cours de la période suspecte ; plus particulièrement celles qui auront été consenties pour couvrir l'exécution d'obligations nées antérieurement. Cette condition permet

d'écarter du domaine de l'inopposabilité de droit, les garanties réelles accordées par les entreprises en difficulté en vue de couvrir l'exécution d'obligations souscrites concomitamment.

Cas particulier des garanties couvrant le solde d'un compte-courant. Mais elle pourrait laisser en suspens, la problématique de la garantie réelle consentie par une entreprise en difficulté, en vue de couvrir le remboursement du solde débiteur d'un compte courant ouvert à son profit. La difficulté qui se présente ici, est celle de la détermination du moment où la dette résultant du solde d'un compte-courant pourrait être considérée comme ayant été contractée.

Détermination du moment de la naissance de la dette. Il serait possible, dans premier temps, de penser à le situer au moment où le créancier consent à l'ouverture d'un compte courant au profit de l'entreprise, considérant ainsi qu'une créance existe au moins en germe dès cet instant.

Il serait envisageable, dans un deuxième temps, de penser à le situer au moment de la clôture du compte-courant. Cette position serait conforme au principe traditionnel d'indivisibilité du compte-courant, en vertu duquel il n'est possible de constater l'existence de toute dette qu'à la clôture du compte-courant.

Nous pourrions, dans un troisième temps, considérer, en rupture avec le principe d'indivisibilité du compte-courant, que l'entreprise en difficulté contracte une nouvelle dette à chaque fois que le créancier lui consent de nouvelles avances par le biais du compte-compte.

Dans l'hypothèse où la garantie serait constituée au moment de l'ouverture du compte-courant, toute difficulté serait écartée ; puisque les trois moments précédemment indiqués seraient au moins concomitants, sinon postérieurs à la constitution de la garantie accordée au créancier en vertu de l'ouverture du compte-courant. C'est donc lorsque la garantie est consentie pour couvrir le remboursement du solde débiteur d'un compte-courant en cours de fonctionnement, que la détermination du moment où l'entreprise en difficulté contracte la dette représente un véritable enjeu.

Incidences du point de naissance de la dette. Faire le choix de la date d'ouverture du compte courant serait extrêmement défavorable aux créanciers ; puisque pèserait sur toutes les garanties constituées au cours du fonctionnement du compte-courant afin de couvrir le remboursement du solde débiteur du compte-courant, le risque de tomber sous le coup de la sanction de l'inopposabilité à la masse des créanciers, consécutive à l'ouverture d'une procédure collective. Une telle option aurait pour conséquence, l'intensification de la frilosité des créanciers au

moment d'accorder de nouvelles avances, et pourrait ainsi priver les entreprises en difficulté, de moyens financiers qui leur seraient indispensables au redressement de leur situation.

Faire le choix de la date de clôture du compte courant serait favorable aux créanciers ; puisque toute garantie constituée au cours du fonctionnement du compte-courant serait considérée comme ayant été accordée antérieurement au moment où la dette aura été contractée. Cependant, le risque qui apparaît assez rapidement ici, est celui de la neutralisation des effets de l'article 68 de l'AUPC, et de la prolifération des actes frauduleux que celui-ci a pour objectif de limiter.

Faire alors le choix de voir en chaque nouvelle avance faite en compte-courant, une nouvelle dette, permettrait d'assurer une certaine sérénité aux créanciers qui seraient prêts, à apporter un soutien supplémentaire à une entreprise en difficulté contre l'octroi d'une garantie réelle supplémentaire. Dans le même temps, ce choix permettrait d'opérer une meilleure sélection parmi les garanties potentielles, et de s'assurer que chaque nouvelle garantie corresponde à une nouvelle avance de fonds. Les risques de fraude se verraient ainsi limités. Nous pouvons ainsi indiquer qu'une telle option, en raison de sa conformité à l'esprit dans lequel le texte de l'article 68 de l'AUPC a été rédigé, devrait s'imposer.

Cette option correspond d'ailleurs au choix qu'a fait le droit français, en réponse à la même problématique⁵⁵³. C'est de la jurisprudence que la solution est venue. Un arrêt en particulier pourrait l'illustrer : celui rendu par la Chambre commerciale de la Cour de Cassation française le 11 février 1970⁵⁵⁴. Les juges y sanctionnent la constitution d'un nantissement, intervenue au cours de la période suspecte, dans l'optique de garantir le solde débiteur d'un compte courant. Ils déclarent la garantie inopposable à la masse des créanciers. Ils estiment plus précisément qu'aucune avance n'ayant été accordée par le créancier postérieurement à la constitution du nantissement, ni même accordée concomitamment, celui-ci garantissait des dettes contractées antérieurement.

Exceptions à l'inopposabilité des garanties constituées au cours de la période suspecte. Il est utile de préciser que sous certaines conditions, une garantie réelle pourrait être constituée sans crainte par une entreprise en difficulté au cours de la période suspecte pour couvrir une

⁵⁵³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, Lextenso, 10^{ème} édition, n° 1490.

⁵⁵⁴ Cour de Cassation, Chambre commerciale, 11 février 1970, n° 68-12958 : « Attendu qu'en l'état de ces constatations d'où il ressort qu'entre la date du nantissement et la clôture du compte il n'y a eu aucune nouvelle avance de la part de la banque, et qu'ainsi, en l'absence de dette concomitante ou postérieure à la constitution de la sûreté, celle-ci se trouvait inopposable à la masse, la Cour d'Appel a fait des dispositions de l'article 477-3° du Code de commerce une exacte application ».

dette née antérieurement. C'est notamment le cas lorsque, la constitution de la garantie réelle, ne représente que l'exécution d'une obligation prenant sa source dans une convention, conclue avant la date de la cessation des paiements. C'est également le cas lorsque, la garantie réelle constituée n'est qu'une garantie de substitution. Dans ce second cas de figure, la garantie de substitution n'échappe au risque de sanction que dans l'hypothèse où, la garantie qu'elle vient remplacer, est considérée comme lui étant au moins équivalente. Le critère d'équivalence s'apprécie en tenant compte de la nature et de l'étendue des deux garanties.

Inopposabilité de l'inscription des garanties réelles judiciaires. En plus de la limite concernant les garanties réelles conventionnelles, le législateur OHADA écarte la possibilité d'initier, au cours de la période suspecte, la constitution de toute hypothèque forcée judiciaire, ou de tout nantissement judiciaire conservatoire. Il affirme notamment à l'article 68, 6°) de l'AUPC, qu'est inopposable de droit à la masse des créanciers lorsqu'elle intervient pendant la période suspecte, « toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire ». Nous pouvons souligner ici que, la restriction concerne uniquement les inscriptions provisoires. Est par conséquent à l'abri de la sanction de l'inopposabilité de droit, l'inscription définitive d'une hypothèque judiciaire conservatoire, ou d'un nantissement judiciaire conservatoire.

2- Inopposabilité facultative

Notion. L'inopposabilité est dite facultative, lorsque la juridiction saisie afin de déclarer inopposable un acte conclu par une entreprise en difficulté, au cours de la période suspecte, dispose d'une certaine liberté d'appréciation, et n'est ainsi pas tenue de prononcer la sanction prévue, malgré le fait que la situation corresponde à l'un des cas prévus par la loi.

Détermination du domaine. Les cas d'inopposabilité facultative sont prévus par le législateur OHADA à l'article 69 de l'AUPC. Il indique plus précisément, au premier alinéa du texte indiqué, que les actes énumérés « peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers ». Il soumet d'ailleurs cette inopposabilité à l'accomplissement d'une condition supplémentaire : il est nécessaire que soit établie, l'existence d'un préjudice, aux dépens de la masse des créanciers, du fait de la conclusion de l'acte.

Aucun des cas listés à l'article 69 de l'AUPC, ne désigne expressément les garanties du crédit accordées par une entreprise en difficulté, comme étant des actes concernés par l'inopposabilité

facultative. Cela n'exclut néanmoins pas toute possibilité de voir une garantie du crédit sanctionnée sur le fondement de ce texte.

Nous pouvons en effet noter qu'au 2^o) de l'article 69 de l'AUPC, le législateur OHADA indique que, pourraient tomber sous le coup de la sanction de l'inopposabilité, « les actes à titre onéreux si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur au moment de leur conclusion ». Or, la garantie intégrée à une opération de crédit pourrait assez aisément se voir reconnaître la qualité d'acte à titre onéreux⁵⁵⁵. Les garanties du crédit pourraient ainsi être considérées comme incluses dans le domaine des inopposabilités facultatives. De plus, les garanties du crédit, en particulier réelles, constituées par une entreprise en difficulté au cours de la période suspecte, pourraient, à titre accessoire, être affectées par la sanction de l'inopposabilité, dans l'hypothèse où l'acte principal garanti, acte à titre onéreux tel qu'un prêt à intérêts, serait lui-même déclaré inopposable.

Dans le cas envisagé ici, le fondement de la sanction se trouve au niveau de l'état d'esprit du créancier au moment de la conclusion de l'acte à titre onéreux. C'est en effet son absence de bonne foi qui justifie la sanction. Elle est établie lorsqu'il est reconnu que le créancier avait connaissance, au moment de la conclusion de l'acte, de l'état de cessations des paiements dans lequel se trouvait l'entreprise en difficulté.

3- Mise en œuvre de l'action en inopposabilité

Initiative de l'action. Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, l'inopposabilité prévue pour certains actes passés au cours de la période suspecte ne profite qu'à la masse des créanciers de l'entreprise en difficulté. Par conséquent, l'action en déclaration d'inopposabilité ne peut être initiée que par le syndic, représentant la masse des créanciers⁵⁵⁶. Elle est introduite devant la juridiction ayant ouvert la procédure de redressement ou de liquidation⁵⁵⁷.

Par ailleurs, la période au cours de laquelle l'action en déclaration d'inopposabilité pourrait être introduite, est limitée dans le temps. Une telle action ne peut en effet intervenir, ni lorsqu'un

⁵⁵⁵ S. GUINCHARD, T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, Dalloz, 24^e édition : « Acte par lequel chacune des parties recherche un avantage ».

⁵⁵⁶ Article 72 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « La décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager ».

⁵⁵⁷ Article 70 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « L'action en déclaration d'inopposabilité n'est exercée que par le syndic, sans préjudice de l'application de l'article 72, alinéa 2 ci-dessous. Elle relève de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure de redressement ou de liquidation des biens ».

concordat de redressement judiciaire a fait l'objet d'une homologation, ni postérieurement à la clôture d'une liquidation des biens⁵⁵⁸.

Effets de la déclaration d'inopposabilité. Concernant les effets de la reconnaissance de l'inopposabilité d'un acte conclu au cours de la période suspecte, le législateur OHADA précise, pour ce qui est relatif aux cas d'inopposabilité de droit précédemment abordés, que lorsqu'une garantie réelle consentie par le débiteur en difficulté est déclarée inopposable à la masse des créanciers, celle-ci est en outre colloquée à la place du créancier bénéficiaire de ladite garantie⁵⁵⁹.

Pour ce qui est relatif aux cas d'inopposabilité facultative évoqués *supra*, deux hypothèses devraient être distinguées : pour la première, l'acte à titre onéreux conclu par l'entreprise en difficulté au cours de la période suspecte n'a fait l'objet d'aucune exécution ; pour la seconde hypothèse, l'entreprise en difficulté, ou son cocontractant, ou même les deux parties, ont exécuté leurs obligations.

Dans le cadre de la première hypothèse, l'acte à titre onéreux ne produit aucun effet⁵⁶⁰. Par conséquent, la garantie accordée ne pourra être efficacement actionnée.

Dans le cadre de la seconde hypothèse, l'objet de l'obligation du créancier devra être, si cela est possible, restituée en nature. Dans le cas contraire, le créancier sera tenu de déclarer sa créance à hauteur de la prestation exécutée⁵⁶¹. La garantie accordée ne pourra, dans ce cas non plus, être réalisée.

C- Opposabilité des garanties réelles limitée du fait de l'interdiction des inscriptions

Cadre de l'interdiction. La décision d'ouverture d'une procédure collective ; plus précisément d'un redressement judiciaire, ou d'une liquidation des biens ; a pour effet de limiter la possibilité d'inscrire toute garantie réelle sur l'un des biens de l'entreprise débitrice concernée. En effet, à l'article 73 de l'AUPC, le législateur OHADA énonce que : « La décision

⁵⁵⁸ Article 70 alinéa 2nd de l'AUPC : « A peine d'irrecevabilité, cette action ne peut être exercée après l'homologation du concordat de redressement judiciaire ni après la clôture de la liquidation des biens ».

⁵⁵⁹ Article 71, 1^o) de l'AUPC : « La masse est colloquée à la place du créancier dont la sûreté a été déclarée inopposable ».

⁵⁶⁰ Article 71, 5^o) ab initio de l'AUPC : « Les actes à titre onéreux déclarés inopposables sont privés d'effets s'ils n'ont pas été exécutés ».

⁵⁶¹ Article 71, 5^o) in fine de l'AUPC : « Si le débiteur a reçu tout ou partie de la prestation du cocontractant qui ne peut être restituée en nature, le créancier doit produire sa créance pour la valeur de la prestation fournie ».

d'ouverture du redressement judiciaire et de la liquidation des biens, arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière ».

Par conséquent, le créancier d'une entreprise en difficulté au profit duquel une garantie réelle aura été constituée, surpris par l'ouverture d'une procédure avant qu'il n'ait accompli les formalités relatives à l'inscription de sa garantie, sera privé de cette possibilité. L'inscription des garanties réelles étant, à quelques exceptions près, une condition indispensable à leur opposabilité aux tiers, le principe de l'interdiction des inscriptions a pour effet de priver d'efficacité la garantie réelle consentie.

Limites relatives au constituant. Il pourrait par ailleurs être intéressant de noter que, ce principe d'interdiction des inscriptions de garanties réelles n'opère, dans son énoncé, aucune distinction entre les garanties réelles constituées par l'entreprise en difficulté, et celles qui sont constituées par des tiers pour des obligations contractées par le débiteur en difficulté. Celles-ci pourraient donc, par déduction, être toutes concernées par l'interdiction.

Cependant, il faut noter qu'une telle disposition, sacrifiant les intérêts de certains créanciers au profit de la masse, a été adoptée dans l'objectif de renforcer l'efficacité de la discipline collective inhérente aux procédures collectives, en assurant la stabilité du patrimoine du débiteur en difficulté. Le patrimoine du tiers s'engageant dans l'optique de couvrir l'exécution d'engagements pris par le débiteur en difficulté n'étant pas compris dans le périmètre de la procédure collective, les effets de celle-ci ne devraient pas l'affecter. Ainsi, le principe de l'interdiction des inscriptions ne devrait pas empêcher les créanciers de l'entreprise en difficulté bénéficiant de garanties réelles pour autrui, d'inscrire celles-ci postérieurement à la décision d'ouverture d'une procédure collective.

Limites relatives à la nature de l'inscription. Il nous est également possible de souligner que ce principe de l'interdiction des inscriptions de garanties réelles, ne devrait concerner que les nouvelles inscriptions. Admettre l'inverse correspondrait à réduire considérablement l'efficacité des garanties réelles en cas d'ouverture d'une procédure collective. En effet, cela aurait pour conséquence de priver les créanciers bénéficiant de garanties réelles antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, de la possibilité d'accomplir les formalités nécessaires au renouvellement de leur inscription si le besoin s'en faisait sentir ; rendant les garanties concernées inopposables aux tiers.

Dans le même ordre d'idées, ne devrait pas être affectée par le principe de l'interdiction des inscriptions, l'inscription définitive d'une hypothèque forcée judiciaire, ou encore l'inscription définitive d'un nantissement judiciaire conservatoire⁵⁶².

Bien évidemment, l'interdiction de l'inscription de garanties réelles ne saurait concerner les garanties régulièrement consenties au cours de la procédure collective, que nous aurons la possibilité d'aborder au sein des prochains paragraphes. Il serait en effet contradictoire de permettre la constitution de certaines garanties, tout en les privant de toute efficacité en les rendant de fait inopposables aux tiers, en raison de l'impossibilité d'effectuer les formalités nécessaires à leur inscription.

II- Survie incertaine des garanties constituées antérieurement

Cas de soutien abusif. Lorsqu'une entreprise se retrouve dans une situation désastreuse, les perturbations qui en résultent, conduisent généralement à la recherche de personnes responsables. Les dirigeants sont généralement ceux qui voient leur responsabilité recherchée en priorité. Mais sont aussi régulièrement sous la menace d'une telle tendance, les créanciers de l'entreprise en difficulté ; en particulier les partenaires fournisseurs de crédit. Les actes dont ils sont les auteurs, notamment le soutien qu'ils apportent aux entreprises en difficulté, sont susceptibles d'être qualifiés de soutien abusif.

Ces actes sont généralement utilisés, non seulement par le débiteur en difficulté, mais également par les garants, pour essayer de se libérer totalement, ou au moins partiellement de leurs engagements. Dans le cadre d'une procédure collective, les actes répondant à la qualification de soutien abusif, pourraient représenter des causes de disparition des garanties, ou encore de réduction de la quotité de la créance couverte par la garantie.

En effet, le législateur OHADA permet au syndic, agissant au nom de la masse des créanciers, d'engager une action contre les personnes responsables de soutien abusif, afin d'obtenir la déchéance des garanties dont elles bénéficient, ou leur condamnation au paiement de dommages et intérêts.

Conditions de la responsabilité. La réussite d'une telle action nécessite la réunion d'un certain nombre de conditions, que nous pouvons identifier à l'analyse du texte du premier alinéa de

⁵⁶² Nous pouvons rappeler ici qu'un seul bien mobilier est susceptible, au regard des textes de l'AUS, de faire l'objet d'une garantie judiciaire : il s'agit du fonds de commerce.

l'article 118 de l'AUPC qui dispose que : « Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ».

Il ressort de ce texte qu'il est tout d'abord indispensable que des agissements du créancier considérés comme fautifs soient constatés ; il faut ensuite qu'un préjudice soit subi par la masse des créanciers ; il faut enfin qu'un lien de causalité soit établi entre le comportement fautif du créancier et le préjudice subi par la masse des créanciers.

Concernant le comportement fautif du créancier, les textes ne déterminent pas de manière précise les éléments permettant de les caractériser. Nous pourrions estimer que seraient fautifs, les créanciers de l'entreprise en difficulté dont le comportement ne correspondrait pas, à celui qu'on pourrait légitimement attendre d'une personne normalement prudente et diligente⁵⁶³. Il devrait plus concrètement s'agir, au regard des objectifs poursuivis par le texte, du fait de consentir des crédits au débiteur en difficulté, tout en ayant conscience du caractère extrêmement réduit de la probabilité que la situation s'améliore. Le risque ici est, qu'en raison de l'incertitude pesant sur les contours de la faute, les partenaires financiers et commerciaux de l'entreprise en difficulté, fassent preuve d'une grande réticence à apporter le soutien nécessaire au maintien de l'activité de celle-ci. Les conséquences d'une telle incertitude rentreraient ainsi en contradiction avec l'un des principaux objectifs de la réforme de l'AUPC du 10 septembre 2015, à savoir la sauvegarde des entreprises en difficulté.

Le législateur français a pour sa part choisi, à l'occasion de la loi du 26 juillet 2005, de réduire le risque, pour les créanciers ayant soutenu l'entreprise en difficulté, de voir leur responsabilité engagée du fait du soutien apporté à celle-ci. Il a décidé de limiter le cadre dans lequel leur comportement pourrait être considéré comme étant fautif. Désormais, au titre de l'article L650-1 du Code de commerce français⁵⁶⁴, seuls les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou de disproportion des garanties constituées par rapport aux concours consentis, pourraient être retenus comme étant des comportements fautifs, dans le cadre du soutien apporté par un créancier à une entreprise en difficulté.

⁵⁶³ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Lexisnexis, 3^{ème} édition, n° 294.

⁵⁶⁴ L. 650-1 alinéa 1er du Code de commerce français : « Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

En droit OHADA, le texte de l'article 118 de l'AUPC, inspiré du droit en vigueur en France au moment de l'adoption de l'AUPC initial le 10 avril 1998, n'a pas évolué à l'occasion de la réforme du 10 septembre 2015. L'interprétation qui sera faite de ce texte par les juges de la CCJA à la lumière des nouvelles priorités fixées par le législateur, pourrait aller dans le sens de la restriction du domaine de la faute en matière de concours consenti aux entreprises en difficulté.

Concernant le préjudice subi par la masse des créanciers, il ne saurait normalement en exister que dans l'hypothèse où les éléments du patrimoine du débiteur en difficulté se révéleraient insuffisants à satisfaire l'ensemble des créanciers. Il serait en effet difficile d'admettre l'existence d'un préjudice lorsque, fait néanmoins assez rare, les créanciers de la masse auraient l'assurance d'obtenir satisfaction. En outre, la reconnaissance d'un préjudice nécessiterait qu'il soit démontré, qu'est intervenue une modification du patrimoine du débiteur, qui pourrait correspondre à une augmentation du passif ou à une diminution de l'actif.

Concernant le lien de causalité existant entre le comportement fautif du créancier et le préjudice subi par la masse des créanciers, il s'agit principalement d'établir que le soutien abusif apporté par le créancier a aggravé la situation patrimoniale de l'entreprise en difficulté, et ainsi réduit les chances des créanciers de la masse d'être désintéressés.

Sanctions. L'exercice de cette action en responsabilité contre le créancier ayant apporté un soutien abusif permet, lorsque les conditions en sont réunies, d'aboutir à l'application d'une sanction, qui pourrait être une condamnation au paiement de dommages et intérêts, ou la déchéance de garanties. Le choix de la sanction revient au juge saisi par le syndic. Il se prononce en fonction du caractère approprié de la sanction, au regard à la situation qui se présente à lui⁵⁶⁵.

Le choix de la déchéance des garanties du crédit dont le créancier bénéficie, conviendrait assez bien aux situations dans lesquelles les garanties prises présentent un caractère disproportionné par rapport aux créances qu'elles couvrent. Une telle déchéance pourrait être simplement partielle, et ne concerner que certaines garanties, dans l'hypothèse où il y aurait une pluralité de garanties. Elle pourrait également être totale, et s'appliquer à l'unique, ou à toutes les garanties accordées au créancier fautif. Le prononcé d'une déchéance totale, en faisant du

⁵⁶⁵ Article 118 alinéa 2 de l'AUPC : « La juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties ».

créancier fautif un créancier chirographaire, réduirait considérablement les chances de celui-ci d'obtenir satisfaction.

Le choix de la condamnation du créancier fautif au paiement de dommages-intérêts devrait conduire à ce que, par compensation, la part de la créance du condamné dans la masse soit réduite, ou éteinte. Cette réduction, ou cette extinction, devrait également entraîner, du fait de leur caractère accessoire, la réduction ou l'extinction des garanties couvrant la créance.

§2- Principe d'irrégularité des garanties consenties après l'ouverture d'une procédure collective

Plan. L'ouverture d'une procédure collective, en particulier la procédure de redressement judiciaire et la procédure de liquidation judiciaire, limite la création de nouvelles garanties conventionnelles (I). Toutefois, nous pouvons constater que les procédures collectives sont, elles-mêmes, génératrices de nouvelles garanties d'origine légales (II).

I- Limites à la création de garanties conventionnelles

Interdiction expresse de constitution en matière de règlement préventif. L'ouverture d'une procédure collective a classiquement pour incidence l'interdiction de principe faite au débiteur en difficulté, de consentir de nouvelles garanties du crédit ; allant ainsi au-delà de la simple interdiction de nouvelles inscriptions de garanties réelles que nous avons précédemment abordée.

Cette interdiction de consentir de nouvelles garanties est clairement exprimée au sein de l'AUPC, dans le cadre des règles applicables à la procédure de règlement préventif. Il est notamment indiqué à l'article 11 de l'AUS que : « la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit, de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté ».

Nous pouvons ici, souligner que, l'interdiction concerne aussi bien les garanties personnelles que les garanties réelles, et l'acte de garantie conclu en infraction à ce principe, est privé de toute validité ; puisque la sanction qui y a été associée par le législateur OHADA est la nullité.

Il est toutefois exceptionnellement admis, qu'une garantie puisse être constituée par une entreprise en difficulté après l'ouverture d'une procédure de règlement préventif. Il est nécessaire pour cela, qu'elle obtienne « une autorisation motivée du président de la juridiction »

ayant décidé de l'ouverture de la procédure collective⁵⁶⁶. L'introduction d'une telle exception présente l'intérêt, puisqu'il est important que l'activité de l'entreprise se poursuive pendant le temps que dure la procédure, d'admettre la possibilité pour celle-ci, de recevoir de la part de partenaires financiers ou commerciaux, des avances qui y sont indispensables. Le contrôle effectué par le juge permet ici, de s'assurer du caractère indispensable de l'opération garantie pour le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Extension de l'interdiction aux autres procédures collectives. Le législateur OHADA n'indique pas pour la procédure de redressement, ni pour la procédure de liquidation des biens, si la même interdiction s'applique. La question ne se pose bien évidemment pas en ce qui concerne la conciliation, puisque, nous l'avons précédemment indiqué, ses effets sont d'ordre conventionnel.

Pour ce qui est de la procédure de liquidation des biens, la décision d'ouverture entraînant l'arrêt de l'activité de l'entreprise en difficulté, il serait difficile de justifier le fait que le débiteur puisse consentir de nouvelles garanties⁵⁶⁷. Il devrait donc, sans difficulté, être admis que, toute constitution de garantie engagée par une entreprise faisant l'objet d'une procédure de liquidation des biens, donne lieu à un acte nul.

En ce qui concerne la procédure de redressement judiciaire, nous pouvons souligner que, révélant une situation bien plus affectée qu'en matière de règlement préventif, en raison de la cessation des paiements, les motifs justifiant que des restrictions soient apportées à la liberté du débiteur pour l'accomplissement de certains actes dans le cadre de la procédure de règlement préventif, sont également identifiables dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Ainsi, le principe de l'interdiction faite au débiteur de consentir de nouvelles garanties à compter de la date d'ouverture d'une procédure de règlement préventif devrait trouver à s'appliquer en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

Demeure néanmoins exceptionnellement ouverte pour le débiteur, lorsque cela se révèle indispensable à la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficulté, et sous le contrôle de la juridiction ayant prononcé la décision d'ouverture de la procédure, ou d'un tiers désigné par elle, la possibilité de constituer une garantie. En décidant à l'article 52 de l'AUPC de mettre

⁵⁶⁶ Article 11 ab initio de l'AUPC.

⁵⁶⁷ Article 53 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « La décision qui prononce la liquidation des biens d'une personne morale emporte, de plein droit, dissolution de celle-ci ».

l'entreprise en difficulté sous assistance obligatoire pour tous les actes de disposition, le droit OHADA répond à ladite exigence de contrôle.

Cette extension est d'ailleurs en accord avec le droit français, au sein duquel l'interdiction faite au débiteur en difficulté de constituer des garanties dès l'ouverture d'une procédure collective à son encontre, s'applique aussi bien en matière de sauvegarde, qu'en matière de procédure de redressement judiciaire, ou de liquidation judiciaire. Le législateur français soumet notamment, à l'article L 622-7, II du Code de Commerce⁵⁶⁸, la conclusion de toute nouvelle garantie par le débiteur faisant l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de liquidation, à l'autorisation du juge-commissaire, qui s'assure ainsi du fait que la garantie accordée soit indispensable à l'accomplissement de l'objectif de sauvegarde de l'entreprise en difficulté⁵⁶⁹.

II- Procédures collectives génératrices de nouvelles garanties

Nature légale des garanties. L'ouverture d'une procédure collective peut donner lieu à la naissance de nouvelles garanties d'origine principalement légale. Ces garanties légales sont parfois révélatrices de la volonté du législateur d'offrir une protection supplémentaire à certaines catégories de créanciers, afin de limiter les effets désastreux que pourraient causer socialement la disparition d'une entreprise (B). Elles peuvent également être un outil incitatif à destination de potentiels partenaires d'entreprises en difficulté, dans l'objectif de les faire contribuer à la mission de redressement de l'entreprise en difficulté (A).

A- Garanties légales à usage de sauvegarde

Rôle incitatif des garanties reconnues. Pendant la durée de la procédure, il est nécessaire, exception faite des cas propres à la liquidation des biens, que l'activité de l'entreprise en difficulté se poursuive autant que possible. Afin d'inciter les partenaires potentiels du débiteur en difficulté à entamer, ou à poursuivre leurs relations commerciales, il pourrait s'avérer utile de les rassurer quant aux chances qu'ils auraient de voir leurs créances éventuelles payées au moment de leur exigibilité, ou en cas de défaillance du débiteur, à l'occasion du partage des biens de ce dernier. Le choix effectué par le législateur est donc de renforcer leur position, en

⁵⁶⁸ Article L622-7, II du Code de commerce français : « Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger ».

⁵⁶⁹ M. BOURASSIN, V. BREMOND, M-N JOBARD-BACHELLIER, *Droit des sûretés*, Dalloz, 4^{ème} édition, n° 2416.

leur accordant des privilèges. Il est possible de distinguer au sein de cette catégorie, le privilège dit de « new money » (1), le privilège dit de la procédure (2), et le privilège des créanciers de la masse (3).

1- Le privilège de new money

Plan. Le privilège de « new money » a été envisagé en droit OHADA autant dans le cadre d'une procédure de conciliation (a), que dans celle d'une procédure de règlement préventif (b), ou encore de redressement judiciaire (c).

a- Cas de la procédure de conciliation

Notion. En ce qui concerne la procédure de conciliation, le privilège de « new money » est prévu à l'article 5-11 de l'AUPC. Il s'agit d'un avantage accordé par le législateur OHADA aux créanciers qui, à l'occasion d'une procédure de conciliation, ont accepté, dans le cadre d'un accord de conciliation, de fournir à l'entreprise en difficulté concernée, de nouvelles prestations destinées à permettre la poursuite de l'activité de celle-ci^{570 571}. Ces prestations peuvent prendre la forme d'un nouvel apport en trésorerie, se manifestant par l'octroi d'un prêt, ou une ouverture de crédit. Elles peuvent également prendre la forme d'une nouvelle fourniture de biens ou de services.

Conditions de reconnaissance. Pour que les créanciers ayant participé à la procédure de conciliation puissent se prévaloir du privilège de « new money », il est indispensable que l'accord résultant de la conciliation soit homologué par la juridiction ayant prononcé la décision ouvrant la procédure, ou exécuté par la juridiction compétente en matière de procédures collectives au sein de l'ordre interne de l'Etat-Partie. Cette exigence supplémentaire, consistant à obtenir l'homologation, ou l'exequatur, de l'accord résultant de la procédure de conciliation, ne devrait représenter aucune difficulté, puisque l'homologation, comme l'exequatur d'un

⁵⁷⁰ Article 5-11 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exécuté par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord 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 du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous ».

⁵⁷¹ Article 5-11 alinéa 2 de l'AUPC : « Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

accord issu d'une conciliation, sont de droit. Seul pourrait justifier le refus d'une homologation ou d'un exequatur, la contrariété à l'ordre public de l'accord conclu entre les différentes parties⁵⁷².

b- Cas de la procédure de règlement préventif

Conditions de reconnaissance. Concernant la procédure de règlement préventif, le privilège de « new money est envisagé à l'article 11-1 de l'AUPC. Le législateur OHADA l'accorde aux créanciers de l'entreprise en difficulté qui, dans le cadre d'un concordat préventif, ont accepté d'effectuer un nouvel apport en trésorerie au profit du débiteur, ou lui ont fourni un nouveau bien ou service^{573 574}. Cet apport en trésorerie, ce bien, ou ce service, doivent avoir été apportés dans l'optique d'assurer le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté. Le créancier ne bénéficiera alors du privilège de « new money » qu'une fois que le concordat préventif aura été homologué. Une telle homologation est d'ailleurs indispensable à la poursuite de la procédure de règlement préventif, et donc à l'application du concordat préventif⁵⁷⁵. Elle est moins aisément obtenue que l'homologation d'un accord de conciliation, et dépend de la réunion de conditions strictes : la réunion des conditions de validité du règlement préventif, l'absence de tout motif d'intérêt collectif ou d'ordre public pouvant faire échec au concordat, l'octroi au débiteur en difficulté de délais non supérieurs à trois ans pour tous les créanciers, mais seulement à une année pour les créanciers de salaires⁵⁷⁶.

⁵⁷² Article 5-10 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « A la requête de la partie la plus diligente, l'accord signé peut être : déposé au rang des minutes d'un notaire ; ou homologué ou exécuté par la juridiction ou l'autorité compétente statuant à huis clos ; sans préjudice de l'application de l'article 5-11, l'homologation ou l'exequatur est de droit et ne peut être refusé que si l'accord est contraire à l'ordre public ».

⁵⁷³ Article 11-1 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif par la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'article 15 ci-dessous, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat 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 du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous ».

⁵⁷⁴ Article 11-1 alinéa 2 de l'AUPC : « Les personnes qui fournissent dans les mêmes conditions, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

⁵⁷⁵ Article 15, 3, de l'AUPC : « Si la juridiction compétente estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur, le règlement préventif prend fin sans délai ».

⁵⁷⁶ Article 15, 2, de l'AUPC : « La juridiction compétente homologue le concordat préventif si : les conditions de validité du concordat préventif sont réunies ; aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ; les délais consentis n'excèdent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires ».

c- Cas du redressement judiciaire

Conditions de reconnaissance. Concernant la procédure de redressement judiciaire, les dispositions relatives au privilège de « new money » sont prévues à l'article 33-1 de l'AUPC. Il en ressort notamment que ce privilège est accordé à certains créanciers qui acceptent, dans le cadre du concordat de redressement judiciaire, de consentir un nouvel apport en trésorerie, de fournir un nouveau bien ou service à l'entreprise en difficulté^{577 578}. Il est nécessaire, pour que ces actes justifient l'octroi d'un privilège de « new money », qu'ils aient été effectués dans le but d'assurer le maintien de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Classement avantageux des bénéficiaires. Les créanciers qui peuvent se prévaloir d'un privilège dit de « new money » bénéficient d'un excellent rang en cas d'échec du redressement de l'entreprise en difficulté concernée, et donc dans l'hypothèse où est finalement ouverte une procédure de liquidation des biens. Ces créanciers sont en effet payés prioritairement à tous les autres créanciers ; que les sommes distribuées proviennent de la réalisation de biens mobiliers ou de biens immobiliers du débiteur⁵⁷⁹.

2- Le privilège d'avance de frais de procédure

Domaine large des frais. L'ouverture d'une procédure collective est susceptible d'engendrer un certain nombre de frais, mis à la charge de l'entreprise en difficulté. Il s'agit notamment de frais de décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ; de frais liés à la signification de la décision d'ouverture de la procédure ; de frais liés à la publicité de la décision d'ouverture de la procédure ; de frais relatifs à l'apposition ou à la levée de scellés ; de frais de garde ; de frais liés à l'exercice d'actions en déclaration d'inopposabilité, d'actions en comblement du passif, ou encore d'actions en extension de procédures collectives.

Garantie principalement destinée au Trésor public. Ces frais peuvent s'avérer, au regard de la situation du débiteur, assez lourds. Il n'est par conséquent pas impossible que l'entreprise en difficulté ne soit pas en mesure d'assurer leur paiement. Une telle situation ne devrait toutefois

⁵⁷⁷ Article 33-1 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payés au titre du privilège selon les rangs prévus par les articles 166 et 167 ci-dessous ».

⁵⁷⁸ Article 33-1 alinéa 2 de l'AUPC : « Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service ».

⁵⁷⁹ Article 166 et 167 de l'AUPC.

pas constituer un obstacle au déroulement de la procédure collective. Afin de s'en assurer, le législateur OHADA a admis la possibilité que le Trésor public se supplée au débiteur en difficulté, en avançant les frais de procédure envisagés⁵⁸⁰. L'intervention du Trésor public doit cependant être précédée d'une décision en ce sens du juge-commissaire.

Le paiement effectué dans ce cadre par le Trésor public fait naître un privilège garantissant le remboursement des sommes versées. Ce privilège permet au Trésor public d'échapper au concours des autres créanciers de l'entreprise en difficulté, puisqu'il est admis que le remboursement de la créance du Trésor public intervienne sur les premiers remboursements.

3- Le privilège des créanciers de la masse

Notion. Sont considérés comme étant des créanciers de la masse⁵⁸¹, les titulaires de créances nées de manière régulière, postérieurement à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou d'une procédure de liquidation des biens, du fait de la continuation de l'activité de l'entreprise en difficulté⁵⁸², et du fait de toute activité régulière du débiteur ou du syndic.

Ces créanciers sont normalement payés à l'échéance. Mais lorsque le débiteur en difficulté manque à ses engagements, ces créanciers bénéficient d'un privilège qu'ils sont admis à faire valoir à l'occasion du partage des sommes relevant de la liquidation des biens du débiteur.

Classement peu avantageux. Il pourrait toutefois s'avérer intéressant de noter que, le privilège bénéficiant aux créanciers de la masse occupe une position assez peu envieuse dans l'ordre de paiement des créanciers en cas de liquidation des biens du débiteur en difficulté. En effet, nous pouvons observer que les créanciers de la masse ne priment que les créanciers chirographaires

⁵⁸⁰ Article 50 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Lorsque les deniers du débiteur ne peuvent suffire immédiatement aux frais de la décision de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, de signification, d'affiches et d'insertions de cette décision dans un journal d'annonces légales, d'apposition, de garde et de levée des scellés ou d'exercice de actions en déclaration d'inopposabilité, de comblement du passif, d'extension des procédures collectives et de faillite personnelle des dirigeants des personnes morales, ces frais sont avancés sur décision du juge-commissaire, par le Trésor public qui en est remboursé, par privilège, sur les premiers recouvrements, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessous ».

⁵⁸¹ Article 117 de l'AUPC : « 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 de la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds ».

⁵⁸² Ainsi que nous l'avons précédemment souligné, par opposition au redressement judiciaire, l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire met en principe fin à l'activité de l'entreprise en difficulté. Il est néanmoins exceptionnellement admis, au titre du second alinéa de l'article 113 de l'AUPC, lorsque l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige, que la juridiction prononçant l'ouverture de la procédure de liquidation des biens, décide de la poursuite provisoire de l'activité, pour une période n'excédant pas soixante jours, renouvelable une fois.

et les créanciers bénéficiant des privilèges généraux prévus par l'AUS. Ce qui réduit considérablement la probabilité qu'ils ont d'obtenir le paiement de leurs créances.

B- Garanties légales à usage de protection

Plan. Certaines garanties légales indissociables des procédures collectives, témoignent de la volonté du législateur de protéger des catégories particulières de créanciers. C'est notamment le cas en ce qui concerne les salariés des entreprises en difficulté (1). C'est aussi le cas pour ce qui est des bailleurs d'immeubles abritant l'activité d'entreprises en difficulté (2). Dans une moindre mesure, nous pouvons également souligner le renforcement, par le biais de la reconnaissance d'une garantie légale, de la protection de la masse des créanciers (3).

1- Le superprivilège des salariés

Importance de la protection des salaires. L'une des obligations les plus importantes auxquelles sont généralement tenues de répondre les entreprises, est le paiement des salaires. Lorsqu'une entreprise est en difficulté, l'un des enjeux primordiaux réside dans le maintien du paiement des salariés. En effet, les créances salariales représentent très souvent la seule source de revenus de nombreux foyers. Par conséquent les répercussions que pourraient avoir le retard ou l'absence de paiement de créances salariales sont d'ordre vital. C'est la raison pour laquelle le législateur OHADA essaie d'assurer une protection supplémentaire aux créanciers salariaux ; leur permettant d'accroître considérablement leurs chances de paiement.

Cette protection supplémentaire passe par l'octroi, aux salariés de l'entreprise en difficulté, d'un privilège. En effet, l'article 95 de l'AUPC dispose que : « Les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par le super privilège des salaires ».

Nous pouvons ainsi faire le constat selon lequel, le superprivilège des salaires est susceptible de bénéficier aussi bien aux salariés qu'aux apprentis. Un tel privilège ne saurait être reconnu à un créancier que dans l'hypothèse où aura été ouverte à l'encontre de l'entreprise en difficulté, une procédure de redressement judiciaire ou une procédure de liquidation des biens.

Quotité large des créances garanties. Il est intéressant de noter que, le législateur OHADA ne pose aucune limite quant à la part des créances salariales pour lesquelles il serait possible de

bénéficiaire du superprivilège des salariés. Le droit OHADA fait ainsi un choix différent de celui qui prévaut en droit français où, une limite est posée au niveau de la détermination de l'étendue de la somme garantie par ce super privilège ; celle-ci ne pouvant en principe concerner que les 60 derniers jours travaillés⁵⁸³. Elle ne saurait non plus concerner les créances salariales nées postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective.

Deux périodes de reconnaissance. Le superprivilège des salariés présente des avantages considérables qui se déclinent en deux temps : il est tout d'abord possible de constater des effets avantageux pour les créanciers qui en bénéficient dès l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ; il est ensuite possible de constater d'autres effets, un peu moins avantageux certes, au moment de la liquidation et du partage des biens de l'entreprise en difficulté.

Garantie reconnue à l'ouverture d'une procédure collective. Pour ce qui est relatif aux effets avantageux du super privilège des salariés à l'ouverture d'une procédure collective, nous pouvons retenir que les créanciers bénéficiaires peuvent recevoir le paiement de leurs créances dans les dix jours suivant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens ; échappant ainsi à l'application du principe d'interdiction des créances antérieures que nous avons précédemment évoqué⁵⁸⁴. Un tel paiement, effectué par le syndic, doit toutefois être précédé d'une décision en ce sens du juge-commissaire. Lorsque les fonds dont dispose le débiteur en difficulté se révèlent insuffisants pour couvrir l'ensemble des créances concernées par le super privilège, les premières rentrées de fonds sont dévolues au paiement de celles-ci⁵⁸⁵.

Garantie reconnue à la liquidation. Pour ce qui est relatif aux effets avantageux du superprivilège des salariés à la liquidation et au partage des biens de l'entreprise en difficulté, nous pouvons retenir que, lorsque les difficultés d'une entreprise la mènent jusqu'à la liquidation, les créances super privilégiées salariales bénéficient d'un rang de paiement assez favorable, tant pour ce qui concerne la répartition des sommes obtenues de la réalisation d'un immeuble, que pour ce qui est des sommes issues de la réalisation d'un meuble.

⁵⁸³ Article L143-10 du Code du travail français.

⁵⁸⁴ Article 96 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Au plus tard, dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge commissaire, le syndic paie toutes les créances super privilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus ».

⁵⁸⁵ Article 96 alinéa 2 de l'AUPC : « Au cas où il n'aurait pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessous ».

Classement avantageux. Dans le cas de la réalisation d'un immeuble, les créanciers super privilégiés ne se voient en principe préférer que les créanciers bénéficiant du privilège de « new money », ainsi que les créanciers pouvant se prévaloir du privilège des frais de justice de réalisation de l'immeuble⁵⁸⁶.

Dans le cas de la réalisation d'un meuble, les créanciers super privilégiés ne pourraient en principe être colloqués que par les créanciers bénéficiant du privilège de « new money », de même que par les créanciers du privilège des frais de justice de réalisation du meuble, et également par les créanciers des frais de conservation du bien⁵⁸⁷.

Atténuation des effets du superprivilège. En raison de l'importance que pourraient représenter les créances salariales, la probabilité que les créanciers bénéficiant de garanties réelles spéciales sur un immeuble, ou un meuble faisant l'objet d'une liquidation soient satisfaits, totalement ou même simplement partiellement, est extrêmement faible. C'est sans doute la raison pour laquelle le législateur OHADA a tenu à limiter, pour chaque réalisation d'immeuble ou de meuble, la portion affectée au paiement des créances super privilégiées. En effet, la part des sommes découlant de la réalisation d'un meuble ou d'un immeuble qui pourrait être destinée à la satisfaction des créanciers super privilégiés, doit être établie en fonction de la proportion que les créances salariales super privilégiées représentent au regard de l'ensemble des créances de la masse des créanciers.

Le fait d'apporter une limite au domaine du superprivilège des salariés a, en raison de l'importance que pourraient représenter les créances salariales, pour objectif, d'éviter l'anéantissement de toute chance de paiement pour les créanciers ayant pris le soin de se ménager conventionnellement une garantie, ou ceux bénéficiant de garanties légales, ou simplement pour les créanciers chirographaires.

La force découlant de la priorité de paiement accordée aux créanciers super privilégiés, associée à l'importance des créances salariales dans l'hypothèse où celles-ci seraient admises sans aucun plafond, affaibliraient considérablement l'efficacité des garanties du crédit, notamment conventionnelles. Ce qui, nous l'avons déjà noté, pourrait avoir pour conséquence de limiter la fourniture de crédits, et serait par voie de conséquence un élément d'affaiblissement de l'économie.

⁵⁸⁶ Article 166 de l'AUPC.

⁵⁸⁷ Article 167 de l'AUPC.

Ainsi, le droit OHADA en permettant aux salariés de bénéficier des avantages du super privilège pour l'ensemble des créances qu'ils détiennent à l'encontre des entreprises en difficulté, introduit un élément défavorable à l'efficacité globale des garanties du crédit.

Transmission par subrogation. Par ailleurs, le législateur OHADA reconnaît expressément à toute personne qui, en lieu et place de l'entreprise en difficulté, effectue le paiement de créances salariales super privilégiées, le droit d'être subrogé aux salariés créanciers dans les droits dont ils disposent à l'égard du débiteur, à proportion de la part qu'ils auront payée. Pourraient particulièrement être concernés par un tel droit de subrogation, le syndic ou, s'il en a été prévu un au sein de l'Etat Partie dans lequel la procédure collective a été ouverte, tout organisme dont la mission est de prendre en charge partiellement ou totalement des salaires lorsqu'est ouverte une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens⁵⁸⁸.

2- Privilège des bailleurs d'immeubles

Volonté de protection du bail professionnel. Le maintien de l'occupation de l'immeuble au sein duquel une entreprise en difficulté exerce tout ou partie de ses activités, est généralement indispensable à la survie de celle-ci. Le droit OHADA s'attache par conséquent, à réduire les possibilités de perte du titre permettant au débiteur en difficulté d'occuper régulièrement l'immeuble abritant ses activités.

Tout d'abord, le droit OHADA interdit l'introduction dans un contrat de bail de nature professionnelle, de toute clause prévoyant une résiliation de droit de la convention en cas d'ouverture d'une procédure collective⁵⁸⁹. Toute clause qui contreviendrait à une telle interdiction devrait être frappée de nullité.

Ensuite, les conditions auxquelles le bailleur pourrait être admis à effectuer une demande de résiliation sont, pour des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure collective, insurmontables, en raison de l'application du principe d'interdiction des poursuites à l'égard du

⁵⁸⁸ Article 96 alinéa 3 de l'AUPC : « Le syndic ou toute autre personne ou un organisme prenant en charge tout ou partie des salaires en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, si un tel organisme existe dans l'Etat Partie concerné, qui a fait une avance permettant de payer les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage, est subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé dès la rentrée des fonds nécessaire sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle ».

⁵⁸⁹ Article 97 alinéa 1 de l'AUPC : « Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur, y compris les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille, ne peut résulter du seul fait de l'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ».

débiteur en difficulté ; et pour des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, restrictives. En effet, le délai dans lequel le bailleur d'immeuble est, pour ce second cas, autorisé à agir est relativement court, et l'action en résiliation engagée par le bailleur ne peut favorablement aboutir que de manière limitative⁵⁹⁰. D'une part, le bailleur ne dispose que d'un délai de quinze jours à compter de la connaissance de la cause de résiliation, pour exercer son action. D'autre part, la décision rendue ne pourra être favorable au bailleur qu'en l'absence d'offre de garanties suffisantes couvrant les sommes pour lesquelles le privilège du bailleur d'immeuble est accordé.

Créances couvertes par la garantie. Afin de compenser cette restriction aux droits du bailleur, le législateur OHADA accorde à ce dernier un privilège garantissant les dettes de loyer accumulées par le preneur. Les dettes couvertes par le privilège du bailleur d'immeuble sont limitées aux douze derniers mois de loyers échus avant la décision ouvrant la procédure collective d'une part, et aux douze mois de loyers échus ou à échoir postérieurs à ladite décision⁵⁹¹.

Assiette de la garantie. Le privilège du bailleur d'immeuble a pour assiette, ainsi que nous l'avons précédemment souligné, les meubles compris dans les locaux loués⁵⁹². Cette assiette pourrait donc se révéler assez large, à l'avantage du créancier garanti.

Classement défavorable. Toutefois, il est regrettable de noter que le privilège du bailleur d'immeuble bénéficie d'un rang assez peu enviable, puisque seuls les créanciers bénéficiant d'un privilège général non soumis à publicité et les créanciers chirographaires se voient attribuer un rang moins favorable⁵⁹³.

3- Hypothèque de la masse des créanciers

Assiette de la garantie. En droit OHADA, la masse des créanciers bénéficie d'une garantie réelle immobilière légale du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire

⁵⁹⁰ Article 97 alinéa 6 de l'AUPC : « Le bailleur qui entend former une demande en résiliation du bail pour des cause nées postérieurement à la décision d'ouverture qui doit l'introduire dans un délai de quinze jours à compter de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Celle-ci est prononcée lorsque les garanties offertes sont jugées insuffisantes par la juridiction compétente pour garantir le privilège du bailleur ».

⁵⁹¹ Article 98 alinéa 1 de l'AUPC : « Le bailleur a privilège pour les douze derniers mois de loyers échus avant la décision d'ouverture de la procédure collective, ainsi que pour les douze mois échus ou à échoir postérieurement à cette décision ».

⁵⁹² Article 184 de l'AUS précité.

⁵⁹³ Article 226 de l'AUS.

ou d'une procédure de liquidation des biens. Leur est en effet accordée une hypothèque portant aussi bien sur chacun des biens immobiliers présents de l'entreprise en difficulté, que sur chacun des biens immobiliers postérieurement acquis, et ce dès le prononcé de la décision d'ouverture de la procédure collective⁵⁹⁴.

Exigence d'une inscription. L'efficacité de la garantie ainsi accordée est conditionnée, comme pour toute hypothèque, à l'accomplissement de formalités de publicité, nécessaires à son opposabilité aux tiers. Cette inscription est effectuée pour le compte de la masse des créanciers, par le syndic, sur chacun des immeubles du débiteur en difficulté. Chacun des immeubles sur lesquels aura été inscrite l'hypothèque présentera une date d'opposabilité qui lui sera particulière, correspondant à la date à laquelle l'inscription aura été réalisée⁵⁹⁵.

SECTION II : PROCEDURES COLLECTIVES ET REALISATION DES GARANTIES DU CREDIT

Neutralisation des droits des créanciers. Toute créance se voit en général associée une date d'exigibilité à laquelle son paiement doit être effectué. En l'absence de paiement, le créancier est normalement autorisé à engager des poursuites, en vue de faire exécuter sa créance. L'ouverture d'une procédure collective représente généralement un contretemps à la mise en œuvre des droits ainsi reconnus aux créanciers du débiteur qui en fait l'objet. En effet la décision d'ouverture d'une procédure collective emporte classiquement, en particulier pour ce qui est des procédures de traitement des difficultés, deux conséquences majeures : la suspension des poursuites (§1), et l'interdiction des paiements (§2). Ces deux principes, propres aux procédures

⁵⁹⁴ Article 74 alinéa 1 de l'AUPC : « La décision d'ouverture emporte, au profit de la masse, hypothèque que le greffier est tenu d'inscrire sans délai sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions ».

⁵⁹⁵ Article 74 alinéa 2 de l'AUPC : « Cette hypothèque est inscrite conformément aux dispositions relatives à la publicité foncière. Elle prend rang du jour où elle a été inscrite sur chacun des immeubles du débiteur ».

collectives, étendent leurs effets aux garanties du crédit, dont ils viennent réduire l'efficacité, tenant lieu d'obstacles à leur réalisation.

§1- Efficacité des garanties du crédit et effet suspensif des procédures collectives

Plan. L'ouverture d'une procédure collective peut limiter la possibilité qu'ont les créanciers non satisfaits d'engager une procédure judiciaire à l'encontre de l'entreprise en difficulté qui en fait l'objet. Dans le cadre des garanties du crédit, l'application de ce principe soulève des interrogations au niveau de son opposabilité au garant par le débiteur en difficulté d'une part (I), et du point de vue de son opposabilité au créancier principal par le garant (II).

I- Opposabilité aux garants de l'effet suspensif des procédures collectives

Fondement de l'effet suspensif. Lorsqu'une entreprise se retrouve dans une situation économique délicate, il peut s'avérer judicieux de lui laisser un temps de répit dans l'exécution de ses obligations, lui permettant ainsi de rebondir. Ce temps de répit pourrait intervenir avec l'assentiment des créanciers. Il pourrait également être le résultat d'une contrainte légale s'appliquant aux créanciers.

Par ailleurs, dans le but d'éviter qu'un débiteur en difficulté ne soit, en plus, accablé par la multiplication des procédures judiciaires plus ou moins justifiées, et en vue de se prémunir contre d'éventuels risques de fraude, le choix de la mise en place d'une procédure organisant de manière collective les demandes des créanciers peut s'avérer judicieux.

Ces deux motivations principales justifient le principe de la suspension des poursuites judiciaires en cours, ainsi que l'interdiction de toute nouvelle poursuite à l'encontre du débiteur en difficulté.

Ce principe, en raison des motivations ici invoquées, s'applique aussi bien aux procédures préventives, qu'aux procédures de traitement des difficultés. Puisant sa force dans la convention en matière de conciliation (A), elle trouve sa source dans la loi en matière de procédure de règlement préventif, de procédure de redressement judiciaire, et de procédure de liquidation des biens (B).

A- Effet suspensif dans la procédure conventionnelle de conciliation

Contenu de l'effet suspensif. L'ouverture d'une procédure de conciliation débouche normalement sur la conclusion d'un accord, entre le débiteur et les créanciers ayant accepté d'y participer, visant à rétablir la santé économique et financière du premier. Ces créanciers sont dès lors assez logiquement tenus de respecter, pendant le temps pour lequel cela s'avère nécessaire, l'application qui est faite de l'accord conclu.

C'est la raison pour laquelle le droit OHADA, à l'alinéa premier de l'article 5-12 de l'AUPC, fait interdiction aux créanciers ayant participé à l'accord, d'engager des poursuites judiciaires à l'encontre du débiteur en difficulté, lorsque celles-ci visent à obtenir le paiement de créances incluses dans l'objet de l'accord de conciliation⁵⁹⁶.

Outre l'interdiction d'engager des poursuites, nous pouvons relever que le droit OHADA suspend toute procédure judiciaire engagée antérieurement à l'adoption de l'accord de conciliation, concernant le paiement de créances qui en font l'objet.

Interruption des délais de prescription. Afin de préserver les droits des créanciers, temporairement privés de la possibilité de saisir la justice, le droit OHADA prévoit une interruption des délais de prescription des actions judiciaires pouvant leur être reconnues. En effet, l'article 5-12 alinéa 1^{er} in fine de l'AUPC dispose que : « L'accord interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord ».

Champ d'application limité. Il pourrait toutefois s'avérer utile de souligner que, les créanciers n'ayant pas pris part à l'accord conclu avec le débiteur ne rentrent pas, en matière de procédure de conciliation, dans le domaine de l'effet suspensif commun aux procédures collectives.

Incidences sur les garanties. Appliquées aux garanties du crédit, la suspension des procédures en cours, ou l'interdiction d'engager toute nouvelle procédure, pourraient avoir des incidences sur les droits des garants personnels et réels du débiteur ; notamment pour ce qui est des différents recours après paiement dont ceux-ci disposent à l'encontre du débiteur en difficulté. Il est en effet fort probable, qu'avant l'ouverture de la procédure de conciliation, les difficultés de l'entreprise l'aient conduite à l'inexécution d'obligations couvertes par des garanties personnelles ou réelles. Cette défaillance conduisant normalement à la mise en œuvre des

⁵⁹⁶ Article 5-12 alinéa 1^{er} ab initio de l'AUPC : « Pendant la durée de son exécution, l'accord interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur, dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet ».

garanties constituées, la créance reconnue au garant ayant répondu à l'appel en garantie, fonde le recours de celui-ci contre le débiteur. Il pourrait, une fois la procédure de conciliation ouverte, accepter d'être partie à l'accord. Sa participation à l'accord le priverait alors temporairement du droit d'engager un recours en paiement contre le débiteur garanti en difficulté, ou encore de poursuivre celui déjà en cours.

B- Effet suspensif dans les procédures légales

Plan. Que nous soyons dans le cadre d'une procédure de règlement préventif (1), d'une procédure de redressement judiciaire, ou d'une procédure de liquidation des biens (2), les créanciers de l'entreprise en difficulté concernée, pourraient se voir interdire temporairement, toute action qui viserait à obtenir le paiement de leurs créances, ou se voir imposer une interruption temporaire des procédures judiciaires qu'ils auraient engagées.

1- Effet suspensif dans la procédure de règlement préventif

Domaine de l'effet suspensif. En matière de procédure de règlement préventif, la limite au droit d'agir des créanciers est posée à l'article 9 de l'AUPC. Ce texte dispose en effet, en son premier alinéa, que : « La décision d'ouverture du règlement préventif suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision ».

Le périmètre d'application de cet effet suspensif est précisé au sein des alinéas suivants. Sont notamment détaillées au second alinéa du même texte, les différentes actions judiciaires concernées par la suspension. Il s'agit de mesures conservatoires, de voies d'exécution, ou encore de mesures d'exécution extrajudiciaire⁵⁹⁷.

Nature des créances concernées. Est également spécifiée, la nature des créances concernées par la suspension des poursuites, consécutive à l'ouverture d'une procédure de règlement préventif. Ce sont, non seulement les créances chirographaires détenues contre l'entreprise en

⁵⁹⁷ Article 9 alinéa 2 de l'AUPC : « La suspension des poursuites individuelles concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire ».

difficulté, mais également les créances pour lesquelles auront été constituées des garanties réelles⁵⁹⁸.

En tant que titulaires, antérieurement à la réalisation des garanties constituées, de créances en germe, et postérieurement à la réalisation des dites garanties, de créances consolidées, les garants personnels ou réels sont susceptibles d'être affectés par l'application du principe de l'effet suspensif des procédures collectives, au même titre que les autres créanciers.

Sont toutefois écartées du périmètre de l'effet suspensif, les créances de salaires et les créances d'aliments. En raison de leur caractère généralement indispensable à la survie des familles, il serait en effet difficilement opportun de priver, même à titre temporaire, les personnes qui en sont bénéficiaires, de l'exercice des droits leur permettant d'obtenir leur recouvrement.

Sont également exclues du domaine de l'effet suspensif, les actions visant à faire reconnaître des actions ou des droits contestés.

Limite temporaire de l'effet suspensif. Il est toutefois important de souligner que, la suspension ou l'interdiction des poursuites individuelles est ne peut valoir que pour un temps relativement limité. En effet, sa durée ne peut être initialement fixée pour une période supérieure à trois mois ; avec la possibilité que celle-ci soit prorogée pour une durée maximale d'un mois⁵⁹⁹.

Champ d'application large quant aux créanciers affectés. Par opposition à ce que nous avons observé dans le cadre de la procédure de conciliation, le domaine de l'effet suspensif n'est pas restreint aux créanciers ayant participé au concordat préventif. En l'absence de limitation expresse, nous pouvons considérer, qu'aussi bien les créanciers ayant contribué au concordat préventif, que ceux qui n'y sont pas intervenus, sont susceptibles d'être affectés par le déclenchement de l'effet suspensif.

Néanmoins, afin d'éviter une perte définitive des droits dont sont titulaires les créanciers de l'entreprise en difficulté, le droit OHADA prévoit, pour toute la durée de la procédure de

⁵⁹⁸ Article 9 alinéa 3 de l'AUPC : « Elle s'applique à toutes les créances chirographaires et à celles garanties par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments ».

⁵⁹⁹ Article 9 alinéa 1^{er} in fine de l'AUPC : L'ouverture du règlement préventif suspend les poursuites individuelles « pour une durée maximale de trois mois, qui peut être prorogée d'un mois dans les conditions prévues à l'article 13, alinéa 2, sans préjudice de l'application de l'article 14 alinéa 3 ci-dessous ».

règlement préventif, la suspension des délais de prescription, de déchéance ou de résolution de ces droits.

2- Effet suspensif dans les procédures de redressement et de liquidation

Domaine de l'effet suspensif. L'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, ou de liquidation des biens, a également pour conséquence d'interrompre le cours des actions introduites contre l'entreprise en difficulté concernée, et d'interdire l'engagement de nouvelles actions contre ce dernier.

Au titre de l'article 75 de l'AUPC, les actions affectées par l'interruption sont celles qui visent « à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». Sont en outre concernées les procédures d'exécution portant sur les meubles ou les immeubles du débiteur en difficulté. Il en est de même pour ce qui est des « procédures de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant la décision d'ouverture ».

Créanciers concernés. Concernant les créanciers soumis à la suspension des poursuites individuelles, l'article 75 de l'AUPC intègre l'ensemble des créanciers composant la masse. Ce qui implique que, les garants personnels ou réels de l'entreprise en difficulté, disposant de créances au moins en germe avant la réalisation de la garantie, ou de créances consolidées après la réalisation de ladite garantie, tenus en cela de déclarer leurs créances, et de ce fait inclus dans la masse, sont privés de la possibilité d'engager tout recours avant paiement ou après paiement à l'encontre du débiteur principal, et sont contraints d'interrompre les procédures engagées contre ce dernier.

Les procédures en cours sont cependant normalement reprises par le syndic une fois la déclaration des créances effectuée. Néanmoins, ces reprises seront limitées, puisqu'elles ne vaudront que pour la constatation des créances et la détermination de leur montant⁶⁰⁰.

⁶⁰⁰ Article 75 alinéa 4 de l'AUPC : « Les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait produit sa créance. Elles sont alors reprises de plein droit, le syndic dûment appelé, mais tendent uniquement à la constatation des créances et à la fixation de leur montant ».

II- Opposabilité par les garants de l'effet suspensif des procédures collectives

Absence d'uniformité. Le principe de l'interdiction d'exercer toute action, ou la suspension des procédures judiciaires engagées contre une entreprise en difficulté en cas d'ouverture d'une procédure collective, pourraient également bénéficier aux garants personnels et réels. Les effets de l'interdiction ou de la suspension des procédures judiciaires sur les obligations des garants ne sont pas identiques dans toutes les procédures. Communs dans le cadre des procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire (A), ces effets sont particuliers lorsqu'une procédure de liquidation des biens est ouverte (B).

A- Opposabilité de principe de l'effet suspensif par le garant

Conflit opposant le caractère accessoire et la fonction de garantie. Nous avons précédemment souligné que, dans l'objectif d'assurer la sauvegarde de l'activité de l'entreprise en difficulté, l'ouverture d'une procédure collective est susceptible d'affecter les droits des créanciers. Nous avons retenu que la suspension et l'interdiction des poursuites individuelles contre le débiteur en difficulté étaient des effets allant dans ce sens. De ces constats, découle une interrogation relative à la possibilité, pour les personnes ayant consenti une garantie personnelle, ou réelle, en vue de couvrir l'exécution d'une obligation contractée par une entreprise en difficulté, d'opposer aux créanciers garantis les mêmes contraintes que celles qui peuvent leur être imposées par le débiteur.

Une telle problématique met généralement en conflit deux caractéristiques fortes des garanties du crédit : l'une concerne le caractère accessoire des garanties du crédit, et l'autre est relative à la fonction de garantie.

Le caractère accessoire des garanties du crédit oriente vers l'admission de la possibilité pour le garant, d'opposer au créancier les mêmes avantages que ceux qui sont opposables par le débiteur en difficulté en cas d'ouverture d'une procédure collective.

La fonction de garantie, appliquée de manière absolue, impliquerait au contraire que le garant soit tenu d'exécuter son obligation, sans pouvoir opposer au créancier les mêmes restrictions que celles qui sont apportées à ses droits à l'égard du débiteur, du fait de l'ouverture de la procédure collective.

La prédominance du caractère accessoire serait avantageuse pour le garant. A l'opposé, la priorité donnée à la fonction de garantie représenterait un avantage pour les créanciers.

Résolution du conflit en droit OHADA. En ce qui concerne le sujet plus spécifique de l'interdiction d'exercer tout recours, ou de la suspension des procédures judiciaires en cours, le sujet a été partiellement résolu par le législateur OHADA.

En effet, le droit OHADA permet aux garants personnels et réels de l'entreprise en difficulté, d'opposer aux créanciers garantis, l'interdiction d'exercer tout recours visant à réaliser les garanties dont ils bénéficient, ou la suspension des actions déjà introduites en ce sens.

Dans le cadre de la conciliation. Ce principe pourrait tout d'abord être tiré de l'analyse des règles posées dans le cadre de la procédure de conciliation. L'article 5-12 de l'AUPC, en son alinéa, énonce que : « les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé en bien en garantie et les coobligés peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord ».

Ainsi, lorsque dans l'accord de conciliation, des délais de paiement ou encore des remises de dettes sont accordées au débiteur en difficulté, les garants personnels ou réels du débiteur, ont la possibilité d'opposer au créancier garanti, les mêmes délais de paiement, et les mêmes remises de dettes que ceux qu'il aura consentis au débiteur en difficulté. Cependant, les textes ne précisent pas si la suspension des poursuites engagées contre le débiteur en difficulté, ou l'interdiction d'exercer tout recours contre celui-ci s'étend, en vertu du caractère accessoire des garanties, aux garants personnels et réels.

En droit français, l'opposabilité aux créanciers, par les garants, de l'effet suspensif des procédures collectives est normalement reconnue dans le cadre des procédures collectives préventives. Cette extension se justifie généralement par le fait que, de nombreux dirigeants d'entreprises consentent une garantie personnelle ou réelle aux créanciers. Ils pourraient se montrer réticents au déclenchement d'une procédure préventive, si la crainte d'avoir à répondre de leurs engagements de garants de ce fait était grande. Ce qui aurait pour conséquence, de retarder dangereusement la mise en place de mesures nécessaires à la sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Au contraire, en permettant aux garants de bénéficier de la suspension et de l'interdiction des poursuites individuelles, le législateur français favorise la sauvegarde de l'activité de l'entreprise en difficulté.

Pour des raisons similaires, le garant, qu'il soit une personne physique ou une personne morale, devrait pouvoir bénéficier, en droit OHADA, dans les mêmes conditions que le débiteur principal, de la suspension et de l'interdiction des poursuites visant à obtenir la réalisation de la garantie, pour toute la durée nécessaire à l'exécution de l'accord de conciliation.

Dans le cadre du règlement préventif. En matière de procédure de règlement préventif, la formulation utilisée suit globalement la même tendance que celle indiquée pour la procédure de conciliation. L'article 9 de l'AUPC, en son alinéa 5, dispose que : « Les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions du présent article ».

L'application aux garants personnels et réels de l'ensemble des dispositions de l'article 9 de l'AUPC permet à ceux-ci d'invoquer, à leur profit, la suspension des procédures judiciaires en cours contre eux, ou l'interdiction d'engager des poursuites qui sont énoncées au premier alinéa du texte⁶⁰¹. Il est toutefois nécessaire de préciser que, l'opposabilité de la suspension et de l'interdiction des recours ne bénéficie expressément qu'aux garants personnes physiques. Les garants personnes morales ne pourront ainsi échapper, lorsqu'une procédure de règlement préventif aura été ouverte, à l'application de l'effet suspensif. Nous pouvons ensuite souligner que, seuls les créanciers dont la garantie est de source conventionnelle sont susceptibles de subir les contraintes liées à la suspension ou à l'interdiction des procédures judiciaires.

Dans le cadre du redressement judiciaire. En matière de procédure de redressement judiciaire, le législateur OHADA prend beaucoup plus clairement position en faveur des garants. Il précise en effet, à l'alinéa premier de l'article 75-1 de l'AUPC, que : « La décision d'ouverture du redressement judiciaire suspend toute action contre les personnes physiques coobligés ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie à compter dudit jugement et durant l'exécution du concordat de redressement judiciaire ».

Ainsi, les garants personnels et réels bénéficient eux-aussi de la suspension des procédures engagées contre eux par les créanciers de l'entreprise en difficulté, et de l'interdiction d'introduire toute nouvelle procédure. Il n'est cependant pas inutile de noter que, seuls les garants personnes physiques sont admis à se prévaloir de cette suspension ou de cette interdiction des recours. En outre, les créanciers susceptibles de se voir imposer une telle limitation à leurs droits, sont ceux qui bénéficient d'une garantie constituée de manière conventionnelle.

La durée de cette suspension ou interdiction pourrait se révéler, dans certains cas, relativement longue. Débutant dès l'ouverture de la procédure de redressement, elle ne prend fin qu'à l'issue de l'exécution du concordat de redressement.

⁶⁰¹ Article 9 alinéa 1^{er}, précédemment cité.

Plus ou moins clairement admises au sein des procédures de conciliation, de règlement préventif et de redressement judiciaire, la suspension des procédures en cours et l'interdiction d'exercice de nouvelles actions contre les garants du fait de l'ouverture d'une procédure collective, semblent être absentes de la procédure de liquidation des biens.

B- L'exception de la liquidation des biens

Absence de disposition relative à la liquidation. Le législateur OHADA ne prévoit aucune disposition permettant de déterminer si les garants d'une entreprise faisant l'objet d'une procédure de liquidation des biens, ont la possibilité d'opposer aux créanciers du débiteur le principe de l'interdiction d'exercer un recours ou la suspension des procédures déjà engagées. Il serait tentant d'admettre qu'en matière de liquidation des biens, en l'absence d'exception légale à l'obligation conventionnellement contractée par les garants, de répondre sur la totalité ou sur un élément de leur patrimoine à la défaillance du débiteur principal, ceux-ci ne pourraient pas imposer aux créanciers, la suspension ou l'interdiction de toute action visant à la réalisation des garanties constituées pour couvrir les dettes de l'entreprise en difficulté.

Ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, l'extension du bénéfice de la suspension ou de l'interdiction des procédures judiciaires aux garants, faisant primer le caractère accessoire des garanties sur la fonction de garantie, a pour but de réduire les obstacles à la mise en œuvre rapide de mesures nécessaires à la résolution des difficultés de l'entreprise ; en raison notamment du fait que ces obstacles émanent principalement de dirigeants garantissant l'exécution d'obligations contractées par leur entreprise.

Neutralisation de l'effet suspensif. Lorsqu'intervient l'ouverture d'une procédure de liquidation, il est acté que la situation de l'entreprise est irrémédiablement compromise, et il n'y aurait aucun intérêt à ce que le garant puisse se prévaloir de l'effet suspensif des procédures collectives. Ce qui nous oriente alors vers le choix de la prédominance de la fonction de garantie sur le caractère accessoire, lorsqu'est prononcée une décision d'ouverture de liquidation des biens.

Un arrêt sur le droit français pourrait nous conforter dans cette analyse ; puisqu'au regard des textes qui y ont été adoptés, les garants ne bénéficient pas, dans le cadre de la liquidation des biens, de la suspension ou de l'interdiction des poursuites.

Nous pouvons ainsi en conclure que, le législateur OHADA n'accorde l'avantage de la suspension et de l'interruption des recours aux garants d'entreprises en difficulté, que dans le cadre de la procédure de conciliation, du règlement préventif et de la procédure de redressement judiciaire. En sont privés les garants d'entreprises faisant l'objet d'une procédure de liquidation des biens.

§2- Efficacité des garanties du crédit et effet prohibitif des procédures collectives

Plan. L'une des conséquences généralement associées à l'ouverture d'une procédure collective est l'interdiction de paiement des créances dues par le débiteur en difficulté, lorsqu'elles ont pris naissance antérieurement à la décision d'ouverture (I). Ce principe connaît toutefois, au sein du droit OHADA, un nombre important d'exceptions (II).

I- Principe de l'interdiction des paiements

Champ d'application. Le législateur OHADA, au premier alinéa de l'article 11 de l'AUPC, dispose que : « Sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d'ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit : de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture ; de faire un acte de disposition étranger à l'exploitation normale de l'entreprise ou de consentir une sûreté ».

Il en ressort qu'à la suite de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, il est faite interdiction au débiteur en difficulté d'effectuer le paiement des créances nées antérieurement, et aux créanciers, d'en recevoir le paiement. Toute contravention à cette règle serait sanctionnée par la nullité du paiement sans possibilité de régularisation.

Toutefois, il est nécessaire de noter que cette interdiction n'est pas absolue. Il est en effet possible de solliciter auprès du président de la juridiction ayant prononcé la décision d'ouverture de la procédure collective, une autorisation d'effectuer le paiement d'une créance née antérieurement. En cas de décision favorable, celle-ci doit être motivée.

Effet sur les garanties. En ce qui concerne le domaine des garanties du crédit, cette règle devrait, sans difficulté, trouver à s'appliquer aux cas dans lesquels le débiteur en difficulté s'est engagé en tant que garant personnel ou réel afin de couvrir l'exécution d'une obligation

contractée par un tiers. Il serait dans ce cas interdit au débiteur en difficulté de répondre à tout appel en garantie.

Cette règle devrait en principe également empêcher la réalisation de garanties réelles consenties par le débiteur en difficulté pour des dettes contractées par lui-même.

La règle de l'interdiction de paiement des créances antérieures, qui au demeurant permet d'accorder un répit à l'entreprise en difficulté, vise à optimiser l'organisation collective nécessaire au traitement des difficultés auxquelles font face les débiteurs.

Or nous pouvons effectuer le constat selon lequel le législateur OHADA n'a pas inséré au sein de l'AUPC, pour les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens, de disposition expresse relative à l'interdiction des paiements. Il ne serait pas étrange de se demander si cela traduit une volonté de la part du législateur OHADA de permettre le paiement de créances antérieures dans le cadre de ces procédures. Le dessaisissement du dirigeant quant au contrôle de l'entreprise en difficulté justifierait peut-être qu'il ne soit pas nécessaire d'interdire par principe tout paiement de créances antérieures.

II- L'importance des exceptions au principe d'interdiction de paiements de créances antérieures

Limites au principe. Le principe de l'interdiction des paiements de créances antérieures est soumis à un certain nombre d'exceptions venant en réduire la force. Tout d'abord, nous l'avons précédemment souligné, échappent à l'application de ce principe, les paiements effectués aux créanciers bénéficiant du super privilège des salariés. Mais, de manière plus notable encore, échappent largement aux effets de l'interdiction de paiement des créances nées antérieurement à l'ouverture des procédures collectives, les créanciers bénéficiant de garanties dites exclusives (A). Enfin, nous pouvons mettre en relief les cas d'exception liés à la cession globale de l'activité de l'entreprise en difficulté (B).

A- La réalisation des garanties exclusives

Exception commune à l'ensemble des garanties exclusives. Ainsi que nous l'avons précédemment indiqué, sont normalement intégrées à la catégorie des garanties exclusives, le droit de rétention et les mécanismes de garantie s'appuyant sur le droit de propriété ; qu'il

s'agisse du transfert de la propriété d'un bien à titre de garantie, ou de la rétention du titre de propriété dans le cadre d'une opération de cession de bien mobilier ou immobilier. Si le droit de rétention produit ses effets de manière uniforme (1), les garanties exclusives s'appuyant sur le droit de propriété se caractérisent par une leur diversité (2).

1- L'exception du droit de rétention

Cas particulier de la conciliation. Les garanties dites exclusives sont relativement efficaces à protéger les droits des créanciers qui en bénéficient, même dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective. En effet, ceux-ci ont la possibilité de réaliser leur garantie en cas de défaillance de l'entreprise en difficulté même au cours d'une procédure collective. Il faut néanmoins noter que la réalisation d'une garantie exclusive ne devrait normalement être admise dans le cadre d'une procédure de conciliation que si le créancier garanti n'est pas partie à l'accord de conciliation ; sa participation à cet accord pouvant être regardé comme équivalant à une renonciation, au moins temporaire, à mener toute action visant à obtenir le paiement de sa créance.

Indifférence du droit de rétention à l'ouverture d'une procédure collective. Concernant le droit de rétention, le législateur OHADA ne dévoile son efficacité en matière de procédures collectives qu'à travers la présentation d'une de ses applications particulières. Il indique en effet à l'article 104 de l'AUPC, applicable à la procédure de redressement judiciaire et à la liquidation des biens, que : « Peuvent être retenus par le vendeur les marchandises et objets mobiliers qui ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte. Cette exception est recevable même si le prix est stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition ».

Ici, nous pouvons constater que le commerçant ayant définitivement cédé le titre de propriété portant sur ses marchandises à l'occasion d'une vente se voit reconnaître le droit de retenir les biens cédés jusqu'au complet paiement de leur prix en dépit de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. Il ne serait pas illogique de penser que, si une telle possibilité est admise lorsque le débiteur en difficulté fait l'objet d'une procédure ouverte uniquement si ce dernier se trouve en cessation de paiement, le vendeur de marchandises pourrait également bénéficier du même droit de rétention dans le cadre de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, ou d'une procédure de conciliation, à condition que le créancier ne soit pas partie à l'accord de conciliation.

Le bénéfice de ce droit de rétention devrait également s'étendre au-delà des hypothèses de cession de marchandises non payées, et pourrait s'étendre à tous les autres cas dans lesquels les conditions nécessaires à un exercice régulier du droit de rétention seraient réunies.

2- L'exception des garanties du droit de propriété

Efficacité de la propriété réservée. Concernant les mécanismes de garantie s'appuyant sur le droit de propriété, le législateur OHADA illustre une fois de plus leur efficacité à travers la présentation des droits reconnus aux vendeurs de biens meubles.

Il permet tout d'abord à ceux-ci, au premier alinéa de l'article 103 de l'AUPC, d'effectuer, à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens à l'encontre d'un de leurs débiteurs, une demande en revendication des biens non payés ayant fait l'objet d'une opération de crédit-bail⁶⁰².

Il permet également aux vendeurs de biens meubles ayant garanti leur opération en incluant dans la convention une clause de réserve de propriété, de mettre en œuvre celle-ci au cours d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par le biais d'une demande en revendication. En effet, il est indiqué au troisième alinéa de l'article 103 de l'AUPC que : « Peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ».

L'efficacité de la clause de réserve de propriété et de l'opération de crédit-bail pourrait être reconnue au-delà des hypothèses de vente de marchandises, et recevoir une application générale.

Efficacité de la propriété cédée. En ce qui concerne le mécanisme de propriété cédée à titre de garantie, nul besoin d'effectuer une action en revendication. Le créancier demeure, à titre définitif, propriétaire des biens faisant l'objet de la garantie. Il lui suffit, pour opposer son droit de propriété, de produire la convention sur laquelle est formulé le transfert de propriété à titre de garantie. Celle-ci faisant nécessairement l'objet d'une publication, ainsi que nous l'avons précédemment précisé, les droits définitivement acquis du créancier garanti pourront être

⁶⁰² Article 103 alinéa 1^{er} de l'AUPC : « Peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution, notamment tout bien objet d'un contrat de crédit-bail ».

opposés à la procédure. C'est notamment ce que nous confirme la lecture du premier alinéa de l'article 101-3 de l'AUPC : « Le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité ».

Exercice de l'action en revendication. La demande en revendication reconnue au créancier bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété ou d'une convention de crédit-bail est soumise à un régime particulier.

Tout d'abord, elle ne peut être exercée que dans un délai restreint⁶⁰³. Le créancier ne dispose que d'un délai de quatre-vingt-dix jours à compter de la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure collective dans un journal d'annonces légales de l'Etat dans lequel celle-ci a été prononcée.

Ensuite, la demande en revendication n'est de prime abord pas effectuée dans le cadre d'une procédure judiciaire. Elle doit en effet être adressée au syndic, qui peut soit acquiescer, soit refuser ou encore garder le silence⁶⁰⁴. L'acquiescement permet au créancier garanti de récupérer le bien objet de la garantie. Le refus formulé par le syndic ouvre quant à lui un délai de trente jours dans lequel le créancier garanti a la possibilité de saisir le juge-commissaire afin qu'il statue sur la revendication effectuée. Quant au silence gardé par le syndic, il entraîne les mêmes conséquences que le refus, une fois qu'expire un délai de trente jours suivant la demande en revendication.

L'ordonnance rendue par le juge commissaire est alors susceptible de faire l'objet d'un recours auprès de la juridiction compétente en matière de procédures collectives.

B- Exceptions liées aux cessions globales d'activités

Domaine. Les exceptions à l'interdiction de paiement des créances antérieures, qui sont liées à une cession globale d'activité, concernent principalement les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens. La procédure de redressement judiciaire est en effet susceptible de conduire, dans le cadre de l'application des mesures intégrées au concordat de redressement judiciaire, à la cession partielle ou totale de l'activité de l'entreprise en difficulté.

⁶⁰³ Article 101 de l'AUPC : « Nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat Partie concerné ».

⁶⁰⁴ Article 101-1 de l'AUPC.

Quant à la procédure de liquidation des biens, elle aboutit normalement à une réalisation de l'actif de l'entreprise en difficulté. Celle-ci pourrait consister en une cession séparée de chacun des biens de l'entreprise, ou pourrait passer par des cessions partielles d'activités, ou encore, pourrait se résumer à une cession totale d'activité.

Cadre du redressement judiciaire. A l'occasion de l'adoption d'un concordat de redressement judiciaire, la cession partielle ou totale de l'activité de l'entreprise en difficulté entraîne le transfert, au profit du cessionnaire, de biens sur lesquels ont été constituées des garanties. Ces dernières ne disparaissent bien évidemment pas du fait de ce transfert. Le cessionnaire souhaitant se prémunir contre le risque que ces garanties se réalisent à son détriment, entre ses mains, serait bien avisé de prendre les mesures nécessaires à leur neutralisation, si ce n'est leur extinction.

Le Législateur OHADA autorise, afin d'atteindre cet objectif, que soient désintéressés les créanciers bénéficiaires des dites garanties, que leurs créances soient antérieures ou postérieures, malgré le fait que nous soyons dans le cadre d'une procédure collective. En effet, en second alinéa, l'article 133 de l'AUPC dispose que : « Lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté intégralement payé ».

Ainsi, le prix de la cession, normalement « versé dans l'actif du débiteur »⁶⁰⁵, représentant dans le patrimoine de celui-ci, la contrepartie des biens transférés, pourrait valablement servir au paiement de créanciers antérieurs au cours de la procédure de redressement judiciaire. Toutefois, les conditions dans lesquelles une telle exception pourrait être admise sont assez limitatives.

Tout d'abord, seuls les créanciers bénéficiant d'une garantie réelle spéciale pourraient recevoir paiement de leur créance sur les fonds résultant de la cession globale d'activité de l'entreprise en difficulté. Sont donc écartés les créanciers pouvant se prévaloir d'une garantie personnelle, de même que ceux qui bénéficient d'une garantie réelle générale.

Ensuite, il semble non seulement nécessaire ici que le cessionnaire verse intégralement le prix établi pour la cession partielle ou totale de l'activité de l'entreprise en difficulté, mais également que les créanciers bénéficiant de garanties inscrites sur des biens compris dans la cession soient complètement désintéressés sur le prix de cession.

⁶⁰⁵ Article 133, alinéa 1^{er} de l'AUPC.

Cadre de la liquidation des biens. A l'occasion de la réalisation de l'actif de l'entreprise en difficulté, consécutive à l'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, les garanties inscrites sur les biens inclus dans la cession sont maintenues et sont susceptibles de se réaliser entre les mains du cessionnaire. En cas de cession globale de l'activité de l'entreprise en difficulté, il est admis que certains créanciers antérieurs soient payés hors du cadre de répartition collective des revenus tirés de la réalisation de l'actif.

En effet, nous pouvons retenir que le Législateur OHADA indique, concernant la procédure de liquidation des biens, au premier alinéa de l'article 163 de l'AUPC, que « les effets de la cession globale sont ceux définis par l'article 133 ci-dessus ». Or, nous avons précédemment relevé qu'à travers son second alinéa, l'article 133 de l'AUPC permettait le paiement de créanciers antérieurs, mais uniquement ceux bénéficiant de garanties réelles spéciales inscrites sur des biens compris dans une cession globale d'activité, afin que les biens transférés soient libérés de toute charge. Il est nécessaire pour que ce paiement soit régulier, que la totalité du prix de cession soit versée par le cessionnaire, et que la somme suffise à satisfaire les créanciers inscrits.

CHAP III : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION

Notion. Les procédures civiles d'exécution désignent un ensemble de règles précisant les conditions et formalités auxquelles sont tenus de se soumettre les créanciers souhaitant obtenir, contre leurs débiteurs de droit privé, l'exécution forcée d'obligations s'appuyant sur des engagements ou des jugements.

Liens avec les garanties du crédit. Le droit des procédures civiles d'exécution est indissociable du droit des garanties. Tout d'abord, il s'impose en matière de réalisation des garanties personnelles, lorsque le garant, appelé en garantie suite à la défaillance du débiteur principal, ne souhaite pas remplir ses obligations. Ensuite, le droit des procédures civiles d'exécution est classiquement, le mode de réalisation privilégié des garanties réelles, même si elle subit désormais fortement la concurrence des autres modes de réalisation que sont, l'attribution conventionnelle et l'attribution judiciaire.

Il était ainsi indispensable, en Droit OHADA, que le législateur, dans son souci d'unification du droit, accompagne la confection d'un Acte uniforme portant sur les sûretés, de la rédaction d'un Acte uniforme ayant pour objet les procédures civiles d'exécution. Il a ainsi adopté, le 10 avril 1998, un Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution (AUPSRVE), publié au Journal officiel OHADA le 1^{er} juin 1998.

L'entrée en vigueur de l'AUPSRVE a eu pour effet l'abrogation de toutes les dispositions adoptées au sein des Etats-Parties concernant les matières qu'il organise⁶⁰⁶. Son champ d'application *ratione personae* ne fait l'objet d'aucune limitation⁶⁰⁷, et son contenu s'impose à toute personne physique ou morale intervenant sur le territoire de l'OHADA.

Procédures organisées en droit OHADA. L'AUPSRVE distingue les procédures simplifiées de recouvrement, des voies d'exécution. Sont classées au sein de la première catégorie, la procédure d'injonction de payer, et la procédure d'injonction de délivrer ou de restituer un bien

⁶⁰⁶ Article 336 de l'AUPSRVE : « Le présent Acte Uniforme abroge toutes les dispositions relatives aux matières qu'il concerne dans les Etats Parties ».

⁶⁰⁷ Article 337 de l'AUPSRVE : « Le présent Acte Uniforme sera applicable aux mesures conservatoires, mesures d'exécution forcée et procédures de recouvrement engagées après son entrée en vigueur ».

meuble déterminé. Tandis qu'au sein des voies d'exécution, sont rangées les différentes procédures de saisie.

Il est possible de distinguer parmi les procédures de saisie, une seule ayant trait aux biens immobiliers ; le reste ayant pour objet des biens meubles. Ces dernières se répartissent en saisies conservatoires et en saisies *stricto sensu*, dont l'exécution est immédiate.

Au sein du premier groupe, nous pouvons retenir : la saisie conservatoire de droit commun ; la saisie conservatoire de biens meubles corporels ; la saisie conservatoire des créances ; la saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières ; ainsi que la saisie-revendication.

Au sein du second groupe, nous retrouvons : la saisie-vente ; la saisie-attribution de créances ; la saisie de rémunérations ; la saisie-appréhension ; la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières ; la saisie foraine ; et la saisie de récoltes sur pied.

L'analyse des règles organisant ces différentes procédures de saisie et leurs effets, nous permet de réaffirmer le rôle primordial des procédures civiles d'exécution en tant que moyens de réalisation des garanties du crédit (SECTION I). Il ne faut cependant pas ignorer le fait que la mise en œuvre de procédures civiles d'exécution puisse également représenter un obstacle à l'efficacité des garanties du crédit (SECTION II).

SECTION I : PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION : OBSTACLES POTENTIELS A L'EFFICACITE DES GARANTIES DU CREDIT

Plan. Le déclenchement d'une procédure de saisie peut avoir pour effet de rendre indisponible le bien sur lequel celle-ci porte (§1). Cette indisponibilité pourrait représenter une difficulté pour tout créancier qui souhaiterait bénéficier ou réaliser une garantie personnelle ou réelle (§2).

§1- Indisponibilité du bien objet d'une saisie

Effet commun à l'ensemble des voies d'exécution. Lorsqu'un bien fait l'objet d'une procédure de saisie, il se trouve normalement frappé d'indisponibilité. Ce principe se traduit non seulement des dispositions communes aux différentes voies d'exécution telles que prévues par le législateur OHADA, mais également de l'analyse globale des effets prévus pour chacune des procédures de saisie du Droit OHADA.

Cet effet d'indisponibilité s'applique par conséquent aussi bien aux procédures de saisie ayant pour objet des biens meubles, qu'à celles portant sur des biens immobiliers. Il est applicable non seulement dans le cadre d'une opération de saisie conservatoire, mais également dans celui d'une saisie *stricto sensu*.

Au sein des dispositions communes à l'ensemble des voies d'exécution, le second alinéa de l'article 36 de l'AUPSRVE énonce clairement que « l'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet ». Ce principe est réaffirmé au sein des règles organisant les saisies conservatoires et les saisies *stricto sensu*.

Saisies conservatoires. En ce qui concerne les saisies conservatoires, ce sont les dispositions dites générales, particulières à cette catégorie de voies d'exécution qui abritent la règle de l'indisponibilité du bien objet de la saisie. Nous pouvons principalement retenir que l'article 56 de l'AUPSRVE dispose : « La saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur. Elle les rend indisponibles »⁶⁰⁸.

Nous pouvons en outre relever qu'une précision allant dans le même sens est apportée au premier alinéa de l'article 57 de l'AUPSRVE, concernant particulièrement les saisies conservatoires ayant pour objet des créances. Il y est indiqué que : « Lorsque la saisie porte sur une créance ayant pour objet une somme d'argent, l'acte de saisie la rend indisponible à concurrence du montant autorisé par la juridiction compétente ou, lorsque cette autorisation n'est pas nécessaire, à concurrence du montant pour lequel la saisie est pratiquée ».

Saisies classiques. Pour ce qui est des saisies *stricto sensu*, l'indisponibilité du bien faisant l'objet d'une saisie est réaffirmée tant au niveau des règles propres aux procédures de saisie portant sur des biens meubles, qu'au niveau des normes particulières aux opérations de saisie immobilière.

⁶⁰⁸ Nous pouvons souligner que le Législateur OHADA semble exclure ici du domaine de la procédure de saisie conservatoire, les biens immobiliers.

En matière de saisie mobilière, sont concernées par cette réaffirmation : la saisie-vente⁶⁰⁹ ; la saisie-attribution des créances⁶¹⁰ ; la saisie des rémunérations⁶¹¹ ; la saisie-revendication⁶¹² ; et la saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières⁶¹³.

En matière de saisie immobilière, le Législateur OHADA prévoit expressément l'indisponibilité de l'immeuble sur lequel porte la procédure. Il précise l'étendue de cette indisponibilité ; s'appliquant aux immeubles et à leurs fruits ; de même que ses effets. Il affirme notamment au second alinéa de l'article 262 de l'AUPRSVE que « l'immeuble et ses revenus sont immobilisés » du fait de la saisie. Il précise également, au premier alinéa de l'article 263 de l'AUPRSVE, que : « Les fruits naturels ou industriels, les foyers et fermages recueillis postérieurement au dépôt du commandement ou le prix qui en provient sont, sauf l'effet d'une saisie antérieure, immobilisés pour être distribués avec le prix de l'immeuble ».

Ainsi, pour toute procédure de saisie engagée par un créancier à l'encontre de son débiteur, nous constatons l'indisponibilité des biens qui en constituent l'objet. Tout créancier bénéficiant, ou souhaitant bénéficier, d'une garantie personnelle ou réelle, pourrait se heurter aux conséquences de cette indisponibilité.

§2- Effets de l'indisponibilité sur l'efficacité des garanties du crédit

Plan. A l'occasion de la constitution (I), ou de la réalisation (II) d'une garantie personnelle ou réelle, intervenant postérieurement à l'introduction d'une procédure de saisie à l'encontre du garant, un doute s'installe concernant l'efficacité de la garantie, du fait de l'effet d'indisponibilité affectant les biens faisant l'objet d'une procédure de saisie.

⁶⁰⁹ Article 97 alinéa 1^{er} de l'AUPRSVE : « Les biens saisis sont indisponibles. Si une cause légitime rend leur déplacement nécessaire, le gardien est tenu d'en informer préalablement le créancier, sauf en cas d'urgence absolue ».

⁶¹⁰ Article 154 alinéa 2 de l'AUPRSVE : « Les sommes saisies sont rendues indisponibles par l'acte de saisie ».

⁶¹¹ Article 187 de l'AUPRSVE : « La notification de l'acte de saisie rend indisponible la quotité saisissable du salaire ».

⁶¹² Article 227 alinéa 1^{er} de l'AUPRSVE : « Toute personne apparemment fondée à requérir la délivrance ou la restitution d'un bien meuble corporel peut, en attendant sa remise, le rendre indisponible au moyen d'une saisie-revendication ».

⁶¹³ Article 239 de l'AUPRSVE : « L'acte de saisie rend indisponibles les droits pécuniaires du débiteur. Celui-ci peut en obtenir la mainlevée en consignat une somme suffisante pour désintéresser le créancier. Cette somme est spécialement affectée au profit du créancier saisissant ».

I- Indisponibilité du bien saisi et constitution des garanties du crédit

Notions. L'indisponibilité pourrait être définie comme étant « l'état d'un bien, d'un droit ou d'une action qui échappe au libre pouvoir de la volonté individuelle par interdiction ou restriction du pouvoir d'en disposer »⁶¹⁴. Ainsi, l'introduction d'une procédure de saisie a pour effet de priver le propriétaire du bien qui en fait l'objet, de la possibilité d'exercer tout acte de disposition portant sur celui-ci.

Sont généralement considérés comme étant des actes de disposition, les actes juridiques transférant des droits réels ou comportant des engagements importants portant sur un bien, pris par celui qui en est le propriétaire, et pouvant entraîner une perte de valeur pour ce bien. Par conséquent, l'indisponibilité affectant tout bien sur lequel porte un acte de saisie devrait priver de régularité tout acte de cession dont le bien serait l'objet. Il devrait en être de même pour tout acte de démembrement du droit de propriété portant sur le bien antérieurement saisi. Serait également irrégulier tout acte de constitution de garantie réelle portant sur un bien faisant l'objet d'une procédure de saisie.

Effets de l'indisponibilité. Le Législateur OHADA est loin d'exposer de manière détaillée les effets découlant de l'indisponibilité du bien objet d'une procédure de saisie. Néanmoins, il nous est possible d'identifier au sein de l'AUPSRVE, quelques dispositions venant confirmer le sens des conséquences pressenties au sein du paragraphe précédent, concernant l'effet d'indisponibilité. Nous pouvons essentiellement les retrouver au sein des règles applicables aux saisies immobilières ; tandis qu'elles sont quasi-absentes des règles organisant les saisies mobilières.

Indisponibilité dans les saisies immobilières. Notons tout d'abord qu'au second alinéa de l'article 262 de l'AUPSRVE, le Législateur OHADA affirme que : « Le débiteur ne peut aliéner l'immeuble, ni le grever d'un droit réel ou charge ». Ce qui implique que, dès lors qu'est engagée une procédure de saisie immobilière, le propriétaire du bien immobilier qui en est l'objet ne peut ni le céder, ni constituer une hypothèque.

Le Législateur OHADA ne précise pas quelle pourrait être la nature de la sanction s'appliquant à tout acte qui contreviendrait à l'interdiction d'aliéner, ou de grever de tout droit réel, un bien rendu indisponible du fait de l'introduction d'une procédure de saisie.

⁶¹⁴ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^e édition, 2017.

L'acte de saisie, privant le propriétaire du bien qui en est l'objet de la possibilité de transmettre les droits dont il dispose sur celui-ci, l'irrégularité qui affecterait toute cession ou toute constitution de garantie sur le bien, devrait être classée parmi les défauts relatifs aux conditions de formation. Or, la sanction s'imposant, en principe, lorsqu'une des conditions essentielles à la formation d'un acte fait défaut, est la nullité. Devraient donc être considérés comme nuls, les actes de cession ou de constitution de garantie portant sur les biens faisant l'objet d'une procédure de saisie.

Il reste toutefois à déterminer si la nullité encourue par les actes de disposition portant sur des biens soumis à une procédure de saisie, est relative ou absolue. Nous pouvons remarquer que, l'effet d'indisponibilité découlant de l'introduction d'une procédure de saisie, n'est pas destiné à assurer la protection du propriétaire cédant, ou constituant une garantie sur le bien objet de la saisie, ni celle de l'acquéreur du bien ou du bénéficiaire de la garantie constituée.

C'est surtout le créancier saisissant qui voit ses droits préservés grâce à cette indisponibilité. Une appréciation du quatrième alinéa de l'article 262 de l'AUPSRVE vient d'ailleurs confirmer cette impression. Ce texte précise notamment que : « l'aliénation ou les constitutions de droits réels sont valables si, avant le jour fixé pour l'adjudication, l'acquéreur ou le créancier consigne une somme suffisante pour acquitter, en principal, intérêts et frais, ce qui est dû aux créanciers inscrits ainsi qu'au saisissant et s'il leur signifie l'acte de consignation. La somme ainsi consignée est affectée spécialement aux créanciers inscrits et au saisissant ».

Par le biais de ce texte, le Législateur OHADA permet de surmonter le risque de nullité pesant sur les actes de disposition ayant pour objet des biens soumis à une saisie. Une telle possibilité n'est ouverte qu'à la condition que la sauvegarde des intérêts du créancier saisissant soit assurée, au travers de la consignation, à son profit, d'une somme suffisamment importante pour couvrir, non seulement la somme pour laquelle la saisie est effectuée, mais également les éventuels créanciers inscrits sur le bien.

A travers cette protection des intérêts du créancier saisissant c'est l'efficacité des procédures de saisie dans leur ensemble qui est garantie. Ceci traduit la volonté du Législateur OHADA d'assurer la sauvegarde de l'intérêt général. Par conséquent, la sanction qui devrait accompagner la conclusion d'un acte de cession ou de constitution de garantie portant sur un bien faisant l'objet d'une procédure de saisie, est la nullité absolue.

Indisponibilité dans les saisies mobilières. Des règles organisant les saisies portant sur des biens mobiliers, ressortent très peu d'informations relatives à l'étendue des effets de

l'indisponibilité découlant de la saisie. Il nous est simplement possible de noter que, concernant la saisie conservatoire de biens meubles corporels, le Législateur OHADA exige que, dans le cadre des opérations de saisie, soit indiqué dans le procès-verbal dressé par l'huissier ou l'agent d'exécution, que le bien objet de la saisie est indisponible, et qu'il est interdit d'aliéner et de déplacer celui-ci⁶¹⁵. Nous pouvons également noter concernant la saisie-vente, dont le champ d'application est limité aux biens meubles corporels, que des indications similaires doivent apparaître dans tout acte de saisie⁶¹⁶.

Les conséquences de l'indisponibilité du bien objet d'une procédure de saisie, telles que déduites de l'analyse des dispositions applicables aux saisies immobilières, pourraient, au moins en partie, être étendues aux saisies portant sur des biens meubles. Nous pourrions sans difficulté admettre que, l'interdiction de conclure tout acte de disposition portant sur un bien mobilier soumis à une procédure de saisie est de principe. La sanction qui devrait accompagner cette interdiction serait sans surprise, la nullité absolue. Ainsi, tout acte de cession, ou tout acte constitutif de garantie, portant sur un bien saisi devrait être nul, sans possibilité de régularisation.

Afin d'échapper au risque d'une telle sanction, il pourrait être admis, comme en matière de saisie immobilière, qu'une somme assez importante pour couvrir la créance pour laquelle la saisie est pratiquée et satisfaire d'éventuels créanciers inscrits, soit consignée au profit du saisissant et de ces derniers.

Il serait cependant utile, en ce qui concerne l'application d'une sanction adéquate aux actes contrevenant à l'indisponibilité des biens mobiliers saisis, de ne pas perdre de vue le fait que, à la différence des saisies immobilières⁶¹⁷, le droit OHADA n'a pas envisagé de formalité de publication des saisies pratiquées sur des biens mobiliers. Il y a par conséquent de fortes chances que les tiers traitant avec le débiteur saisi ignorent l'existence de la procédure, et acceptent d'acquérir un bien mobilier préalablement saisi, ou d'accorder un crédit au débiteur saisi contre la constitution d'une garantie sur un bien saisi. La sanction de la nullité pourrait alors paraître injuste pour ces tiers de bonne foi. L'attitude du tiers bénéficiaire d'un acte de disposition ayant pour objet un bien soumis à une procédure de saisie devrait donc être prise en compte, et seul

⁶¹⁵ Article 64, 6) de l'AUPSRVE.

⁶¹⁶ Article 99, 6) de l'AUPSRVE applicable à toute saisie-vente exercée entre les mains du débiteur ; article 109, 7) de l'AUPSRVE applicable aux saisies-ventes exercées entre les mains d'un tiers.

⁶¹⁷ Article 259 de l'AUPSRVE.

le tiers dont l'absence de bonne foi aura été établie, du fait de la connaissance qu'il avait de la saisie au moment de la conclusion de l'acte, devrait subir les effets de la nullité.

Conscient de la facilité avec laquelle les biens meubles corporels pourraient être déplacés, et de la difficulté qu'il y aurait à les suivre pour tout créancier saisissant, le Législateur OHADA a décidé de faire du débiteur saisi, ou du tiers détenteur, le gardien des biens mobiliers corporels saisis. Afin de renforcer la probabilité que les droits des créanciers saisissants soient sauvegardés, il a assorti cette obligation d'une responsabilité pénale.

En effet, le premier alinéa de l'article 36 de l'AUPSRVE, applicable à toutes les voies d'exécution envisagées, prévoit que : « Si la saisie porte sur des biens corporels, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée est réputé gardien des objets saisis sous les sanctions prévues par les dispositions pénales ».

Nous pouvons cependant noter que le droit OHADA n'a pas fixé de sanction pénale précise pour toute infraction à l'obligation de conservation des biens saisis. Ceci se justifie par le fait que l'organisation OHADA ait fait le choix de réserver aux Etats-Parties, une compétence exclusive pour ce qui est de la détermination et de l'application des sanctions pénales correspondant aux infractions réprimées par le droit OHADA⁶¹⁸.

Opposabilité de la saisie. Au regard des précédents développements, l'introduction d'une procédure de saisie n'est susceptible de représenter un obstacle à la constitution régulière d'une garantie du crédit que lorsqu'il s'agit d'une garantie réelle. Les créanciers bénéficiaires de garanties personnelles ne pourraient craindre les effets d'une saisie qu'à leur phase de réalisation.

Par ailleurs, rappelons ici que pour qu'une procédure de saisie produise ses effets sur la constitution d'une garantie réelle, il est nécessaire que la première soit considérée comme étant antérieure à la seconde. Il apparaît par conséquent nécessaire de déterminer l'élément de procédure qui rend les effets d'une saisie opposables aux tiers. Les dispositions de l'AUPSRVE ne nous permettent malheureusement pas d'être fixés sur le sujet. Un regard porté sur la jurisprudence développée en la matière par la CCJA ne nous permet pas non plus d'avoir une

⁶¹⁸ Article 14 alinéa 3 de Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique : « Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats-Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales ».

réponse claire à cette problématique. Néanmoins, il nous est possible, suite à une analyse approfondie de cette jurisprudence, de développer quelques pistes de solution.

Nous pouvons principalement identifier deux arrêts de la CCJA utiles à la construction d'un début de réponse à la problématique relative à la détermination du point de départ de l'opposabilité aux tiers des effets de la saisie. Le premier est une décision du 27 janvier 2005⁶¹⁹ ; le second a quant à lui été rendu le 20 novembre 2008⁶²⁰. Ces deux arrêts nous permettent de distinguer deux branches : l'une concerne les saisies effectuées entre les mains du débiteur ; l'autre est relative aux saisies effectuées entre les mains d'un tiers.

L'arrêt de la CCJA rendu le 27 janvier 2005 concerne une procédure d'injonction de payer ayant conduit à une opération de saisie-vente pratiquée entre les mains du débiteur de la créance pour laquelle la procédure avait été initiée.

Soulignons tout d'abord que le Droit OHADA permet qu'une opposition puisse être formée contre toute décision d'injonction de payer, à condition que celle-ci intervienne dans un délai de quinze jours suivant la signification de la décision au débiteur⁶²¹. A défaut de signification de la décision, le point de départ du délai d'opposition est le premier acte signifié au débiteur, sinon la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible, totalement ou partiellement, les biens du débiteur⁶²².

Dans l'espèce citée ici, la décision d'injonction de payer n'avait pas été signifiée au débiteur. L'exécution de la décision n'ayant pas eu lieu, le créancier lança une opération de saisie-vente. Or, la régularité d'une telle procédure exige, sur le fondement de l'article 92 de l'AUPSRVE, qu'un commandement de payer soit signifié au débiteur au minimum huit jours avant la pratique effective de la saisie. Un commandement de payer fut en effet communiqué par le créancier le 20 mars 2000, mais à destination d'une personne non-habituée à représenter la personne morale débitrice. Le débiteur décida de former une opposition contre la décision d'injonction de payer le 6 avril 2000 ; soit 17 jours après la signification du commandement de payer. Les juges du

⁶¹⁹ CCJA, 27 janvier 2005, Société Optique Instrumentale c/ ITRAG-Transit, n° 007/2005, Ohadata J-05-189.

⁶²⁰ CCJA, 20 novembre 2008, Etudes et Réalisations d'Ouvrages Hydrauliques c/ Banque Internationale du Burkina, n° 052/2008, Ohadata J-10-29.

⁶²¹ Article 10 alinéa 1er de l'AUPSRVE : « L'opposition doit être formée dans les quinze jours qui suivent la signification de la décision portant injonction de payer. Le délai est augmenté, éventuellement, des délais de distance ».

⁶²² Article 10 alinéa 2 de l'AUPSRVE : « Toutefois, si le débiteur n'a pas reçu personnellement la signification de la décision portant injonction de payer, l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de quinze jours suivant le premier acte signifié à personne ou, à défaut, suivant la première mesure d'exécution ayant pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur ».

fond lui opposèrent l'irrecevabilité de son recours en raison de l'épuisement du délai prévu pour exercer son action ; estimant que le point de départ de celle-ci devait être la date de signification du commandement de payer. Il s'agissait ainsi de déterminer si la signification du commandement de payer effectuée pouvait être valablement considérée comme un « premier acte signifié à personne » ou alors comme une « première mesure d'exécution ».

Les juges de la CCJA se positionnent en affirmant d'une part que, le commandement de payer n'ayant pas été signifié à une personne représentant valablement le débiteur, il ne pouvait être regardé comme le premier acte signifié à personne ; et d'autre part que « le rôle du commandement précité étant de permettre une saisie sans pour autant avoir pour effet de rendre indisponible en tout ou en partie les biens du débiteur, il n'est pas une mesure d'exécution forcée ». Par conséquent, au moment où est formée l'opposition à la décision d'injonction de payer, aucun événement n'a encore déclenché le cours du délai dans lequel le débiteur est tenu d'agir. La régularité de l'opposition formée est donc admise.

Nous pouvons retenir au regard de la décision rendue ici que, en matière de saisie-vente, la signification au débiteur du commandement de payer ne rend pas indisponible les biens faisant l'objet de la saisie et n'est par conséquent pas une mesure d'exécution forcée. Ceci vient renforcer l'idée que la procédure de saisie ne produit pas d'effet d'indisponibilité dès les premiers actes de procédure effectués par le créancier. Au contraire, il est nécessaire d'identifier, pour chaque voie d'exécution, l'acte rendant indisponibles les biens objets de la saisie.

En ce qui concerne la saisie-vente, l'acte rendant indisponible le bien n'est pas la signification du commandement de payer. Cet acte pourrait opportunément être celui par lequel le débiteur saisi prend connaissance de l'indisponibilité de ses biens. En matière de saisie-vente, l'acte adressé au débiteur saisi contenant une telle indication est le procès-verbal de saisie dressé par l'huissier ou l'agent d'exécution⁶²³. Cet acte dressé au moment de l'opération de saisie effective devrait donc s'imposer comme celui rendant indisponible tout bien objet d'une saisie-vente.

Pour ce qui est de la saisie conservatoire de biens meubles corporels, l'acte par lequel le débiteur saisi prend connaissance de l'indisponibilité des biens de son patrimoine faisant l'objet de la saisie est, comme en matière de saisie-vente, le procès-verbal dressé à l'occasion de l'opération

⁶²³ Article 100 de l'AUPSRVE.

de saisie effective⁶²⁴. Celui-ci devrait par conséquent être l'élément permettant de déterminer le point de départ de l'opposabilité de cette indisponibilité.

Pour ce qui est relatif à la saisie-revendication de biens meubles corporels, le débiteur saisi est également informé de l'indisponibilité des biens saisis par le biais de la remise d'un exemplaire du procès-verbal de saisie dressé par l'huissier ou l'agent d'exécution au moment de la saisie effective⁶²⁵. L'indisponibilité des biens faisant l'objet d'une procédure de saisie-revendication devrait ainsi être opposable à compter de l'élaboration du procès-verbal de saisie.

Quant à la saisie immobilière pratiquée entre les mains du débiteur, nous remarquons que, par rapport aux précédentes formes de saisies, elle présente une certaine singularité. En effet, la procédure de saisie immobilière ne peut être régulièrement conduite sans que n'ait au préalable été adressé au débiteur, un commandement aux fins de saisie⁶²⁶. Une fois le commandement signifié au débiteur, il fait l'objet d'une publication au bureau de la conservation foncière. La date de publication du commandement aux fins de saisie est considérée comme le point de départ de la saisie en l'absence de paiement⁶²⁷. Elle représente également la date à partir de laquelle l'indisponibilité de l'immeuble saisi est opposable par le créancier saisissant. Une indisponibilité dont l'efficacité est assurée par le conservateur de la propriété foncière, tenu de rejeter toute inscription postérieure à la publication du commandement⁶²⁸.

L'arrêt rendu le 20 novembre 2008 par la CCJA est quant à lui relatif à l'application du principe selon lequel, exception faite de l'adjudication des biens immobiliers, il est permis aux créanciers de poursuivre l'exécution forcée des biens de leurs débiteurs sur le fondement d'un titre exécutoire non-définitif. Ce principe découlant de l'article 32 de l'AUPSRVE⁶²⁹, a été entendu par les juges de la CCJA comme empêchant toute défense à exécution provisoire⁶³⁰, qui serait alors considérée comme irrecevable.

⁶²⁴ Article 64 de l'AUPSRVE.

⁶²⁵ Article 231 de l'AUPSRVE.

⁶²⁶ Article 254 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « A peine de nullité, toute poursuite en vente forcée d'immeubles doit être précédée d'un commandement aux fins de saisie ».

⁶²⁷ Article 262 alinéa 1 et 2 de l'AUPSRVE : « En cas de non-paiement, le commandement vaut saisie à compter de son inscription. L'immeuble et ses revenus sont immobilisés dans les conditions prévues aux articles ci-dessous. Le débiteur ne peut aliéner l'immeuble, ni le grever d'un droit réel ou charge ».

⁶²⁸ Article 262 alinéa 3 de l'AUPSRVE : « Le conservateur ou l'autorité administrative refusera d'opérer toute nouvelle inscription ».

⁶²⁹ Article 32 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « A l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision ».

⁶³⁰ CCJA, 11 octobre 2001, Epoux Karnib c/ SGBCI, n° 02/2001, Ohadata J-02-06 : « Attendu que l'ordonnance attaquée, qui a eu pour effet de suspendre l'exécution forcée entreprise sur l'unique fondement des dispositions

En l'espèce, s'appuyant sur une décision émanant d'une Cour d'Appel condamnant une banque à lui payer une certaine somme, une société effectue une saisie conservatoire de créances et dénonce régulièrement à son débiteur le procès-verbal de saisie dressé à cette occasion. Ce dernier introduit, deux jours avant la dénonciation de la saisie, une procédure aux fins de sursis à exécution de la condamnation prononcée par la Cour d'Appel, et la décision des juridictions nationales lui est favorable. Le pourvoi formé par le créancier auprès de la CCJA visait à faire reconnaître que l'ordonnance accordant le sursis à exécution ne correspondait pas à la règle de la non-admission des procédures visant à faire obstacle une exécution provisoire.

Dans la réponse formulée, les juges de la CCJA opèrent une distinction entre les exécutions forcées engagées et celles qui n'ont pas encore été entreprises. Les premières rentrent dans le domaine de l'article 32 et ne peuvent être suspendues à la demande du débiteur. En ce qui concerne les secondes par contre, le droit OHADA n'empêche pas que soit admise une demande de suspension émanant du débiteur de la créance fondant la saisie. Les juges estiment qu'en l'espèce, l'exécution de la saisie conservatoire de créances n'était pas encore engagée au moment de l'introduction de la demande de sursis à exécution, en raison de la postériorité de la dénonciation au débiteur de la saisie conservatoire des créances. Le cas ne rentre par conséquent pas dans le domaine d'application de l'article 32 de l'AUPSRVE.

Nous pouvons retenir à travers cette décision que, pour les juges de la CCJA, l'élément considéré comme étant le point de départ de l'exécution forcée s'agissant de la saisie conservatoire de créances est, non pas le moment de l'élaboration du procès-verbal de saisie dressé par l'huissier ou l'agent d'exécution, mais plutôt celui de la dénonciation qui en est faite au débiteur de la créance pour laquelle la saisie est exercée ; soit la date à laquelle ce dernier prend connaissance de la saisie⁶³¹. C'est également le repère qui devrait être utilisé afin de déterminer le point de départ de l'opposabilité de l'indisponibilité du bien objet de la saisie.

Par extension, il serait admissible que, le moment à partir duquel tout créancier effectuant une saisie entre les mains d'un tiers pourrait opposer les effets de l'indisponibilité découlant de toute voie d'exécution en Droit OHADA, soit celui où le débiteur en aura été incontestablement

des articles 180 et 181 du Code de procédure civile ivoirien a, dès lors, violé l'article 32 de l'Acte Uniforme susvisé et encourt de ce fait la cassation ».

⁶³¹ Voir également en ce sens : J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée, Droit OHADA*, Editions CREDIJ, 2^{ème} édition, n° 110.

informé. Dans le cadre de la saisie classique de droits d'associés et de valeurs mobilières⁶³² et de la saisie conservatoire de droits d'associés et de valeurs mobilières⁶³³, tout comme dans celui de la saisie-attribution de créances⁶³⁴, ou encore de la saisie-revendication⁶³⁵ et de la saisie-vente⁶³⁶ lorsqu'elles sont pratiquées entre les mains d'un tiers, le débiteur de la créance fondant la procédure prend connaissance de l'indisponibilité du bien saisi par le biais la dénonciation qui lui est faite, par le créancier, du procès-verbal de saisie. En raison de leur particularité, les saisies portant sur les rémunérations, tout comme les actes juridiques dont ils sont l'objet, suivent une procédure particulière, marquée par une intervention importante des institutions judiciaires. Ici, l'indisponibilité de la quotité de salaire saisissable est opposable par le créancier dès la notification à l'employeur de l'acte de saisie⁶³⁷, effectuée par le greffier de la juridiction saisie⁶³⁸.

Ainsi, nous pouvons affirmer que dès le moment où il est incontestablement établi que le débiteur de la créance pour laquelle la saisie est pratiquée a été informé de l'indisponibilité du bien faisant l'objet de la saisie, il ne peut plus régulièrement céder, ni constituer de garantie sur celui-ci.

II- Indisponibilité du bien saisi et réalisation des garanties du crédit

Plan. Le créancier bénéficiaire d'une garantie du crédit pourrait être confronté au moment de la réalisation de celle-ci, dans l'hypothèse où le débiteur de la créance garantie serait défaillant, à l'exercice parallèle par un autre créancier, d'une saisie contre les biens du garant. La

⁶³² Article 238 ab initio de l'AUPSRVE : « Dans un délai de huit jours, à peine de caducité, la saisie est portée à la connaissance du débiteur par la signification d'un acte qui contient, à peine de nullité : 1) une copie du procès-verbal de saisie ».

⁶³³ Article 86 ab initio de l'AUPSRVE : « Dans un délai de huit jours à peine de caducité, la saisie-conservatoire est signifiée au débiteur par un acte qui contient, à peine de nullité : 2) une copie du procès-verbal de saisie ».

⁶³⁴ Article 160 ab initio de l'AUPSRVE : « Dans un délai de huit jours, à peine de caducité, la saisie est dénoncée au débiteur par acte d'huissier ou d'agent d'exécution. Cet acte contient, à peine de nullité : 1) une copie de l'acte de saisie ».

⁶³⁵ Article 232 alinéa 2 de l'AUPSRVE : « Si la saisie a été pratiquée entre les mains d'un tiers, détenteur du bien, l'acte est également signifié dans un délai de huit jours, au plus tard, à celui qui est tenu de le délivrer ou de le restituer ».

⁶³⁶ Article 111 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Une copie du procès-verbal est signifiée au débiteur, huit jours au plus tard après la saisie ».

⁶³⁷ Article 187 de l'AUPSRVE précité.

⁶³⁸ Article 183 de l'AUPSRVE : « Dans les huit jours de l'audience de non-conciliation ou dans les huit jours suivant l'expiration des délais de recours si une décision a été rendue, le greffier notifie l'acte de saisie à l'employeur, par lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen laissant trace écrite ».

réalisation d'une garantie du crédit n'est pas affectée de la même manière par la pratique d'une saisie initiée par un autre créancier, selon que la garantie est personnelle (A) ou réelle (B).

A- Effets d'une saisie sur la réalisation des garanties personnelles

Potentialité de conflit. Lorsqu'un créancier bénéficie d'une garantie personnelle, il a la possibilité, dans l'hypothèse où le garant, appelé en garantie à la suite de la défaillance du débiteur principal, ne remplit pas son obligation, de réaliser sa garantie sur un ou plusieurs biens mobiliers ou immobiliers du garant, sous réserve du fait que ceux-ci ne soient pas compris dans la catégorie des biens insaisissables.

Il n'est toutefois pas exclu qu'au moment où le créancier souhaite réaliser sa garantie, un ou plusieurs biens du garant soient soumis à une procédure de saisie initiée par l'un des créanciers de celui-ci. Conformément à ce que nous avons précédemment indiqué, les biens ainsi saisis deviennent indisponibles. Or, dans certains cas, ceux-ci pourraient représenter les biens les plus importants du patrimoine du garant. Il est donc nécessaire de déterminer si la réalisation de la garantie personnelle est susceptible de produire des effets sur ces biens indisponibles.

Réunion des procédures. Le Droit OHADA permet à tout créancier réunissant les conditions nécessaires à l'exercice d'une saisie contre l'un de ses débiteurs, lorsque l'un des biens de ce dernier fait déjà l'objet d'une procédure de saisie introduite par un autre créancier, de se joindre à celle-ci par voie d'opposition.

Saisies mobilières. En effet, si nous nous intéressons aux dispositions s'appliquant à la saisie-vente, nous pouvons constater que l'article 91 de l'AUPSRVE, qui, à travers son premier alinéa, pose les conditions nécessaires à l'introduction d'une procédure de saisie-vente, dispose en son second alinéa que : « Tout créancier remplissant les mêmes conditions peut se joindre aux opérations de saisie par voie d'opposition ». Cette disposition est d'ailleurs précisée à l'article 130 de l'AUPSRVE, puisqu'il y est indiqué que : « Tout créancier réunissant les conditions prévues à l'article 91 du présent Acte Uniforme peut se joindre à une saisie déjà pratiquée sur les biens du débiteur, par le moyen d'une opposition, en procédant, au besoin, à une saisie complémentaire ».

Le Droit OHADA admet de la même manière l'exercice d'une saisie conservatoire sur des biens meubles corporels faisant déjà l'objet de la même procédure⁶³⁹ ; ou encore la réalisation d'une saisie-vente sur des biens meubles corporels faisant l'objet d'une saisie conservatoire⁶⁴⁰.

En outre, nous pouvons souligner qu'en Droit OHADA, il est permis qu'une saisie soit pratiquée sur des droits d'associés ou valeurs mobilières faisant déjà l'objet d'une procédure de saisie. Il est notamment indiqué au premier alinéa de l'article 245 de l'AUPSRVE que : « En cas de pluralité de saisies, le produit de la vente est réparti entre les créanciers qui ont procédé à une saisie avant la vente ».

Les textes régissant la procédure de saisie des rémunérations admettent également le même principe ; puisque nous pouvons constater qu'au premier alinéa de l'article 190 de l'AUPSRVE, le Législateur OHADA affirme que : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire peut, sans tentative de conciliation préalable, intervenir à une procédure de saisie des rémunérations en cours, afin de participer à une répartition des sommes saisies ».

Cas particulier des saisies portant sur des créances. Dans le cadre d'une analyse globale des règles applicables aux procédures de saisie destinées aux biens mobiliers, la saisie des créances se démarque ici par sa singularité. En effet, le Droit OHADA limite l'efficacité des saisies pratiquées sur des créances faisant déjà l'objet d'une procédure de saisie. Car, la première saisie effectuée sur une créance produit un effet d'attribution immédiate de celle-ci au profit du créancier saisissant, à hauteur du montant de la somme pour laquelle la procédure de saisie a été initiée, ajoutée de ses accessoires⁶⁴¹. Les saisies pratiquées postérieurement, sur les mêmes créances, ne peuvent produire leurs effets que sur le solde de créance disponible après soustraction de la somme pour laquelle la saisie antérieure aura été pratiquée. C'est ce que confirme le législateur au deuxième alinéa de l'article 155 de l'AUPSRVE : « La signification ultérieure d'autres saisies ou de toute autre mesure de prélèvement, même émanant de créanciers privilégiés, ne remettent pas en cause cette attribution ».

⁶³⁹ Article 74 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « L'huissier ou l'agent d'exécution qui procède à une saisie conservatoire sur des biens rendus indisponibles par une ou plusieurs saisies conservatoires antérieures, signifie une copie du procès-verbal de saisie à chacun des créanciers dont les diligences sont antérieures aux siennes ».

⁶⁴⁰ Article 74 alinéa 2nd de l'AUPSRVE : « Si les biens saisis à titre conservatoires font ensuite l'objet d'une saisie-vente, l'huissier ou l'agent d'exécution signifie le procès-verbal de saisie aux créanciers qui ont pratiqué antérieurement les saisies conservatoires ».

⁶⁴¹ Article 154 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « L'acte de saisie emporte, à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée ainsi que tous ses accessoires, mais pour ce montant seulement, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie, disponible entre les mains du tiers ».

Saisies immobilières. En ce qui concerne les saisies immobilières, le Droit OHADA n'indique pas clairement quel est le sort d'une procédure de saisie portant sur un bien immobilier faisant déjà l'objet d'une saisie. Toutefois, l'admission de la possibilité qu'un créancier souhaitant saisir les biens de son débiteur, puisse se joindre à une procédure de saisie immobilière déjà entamée, ressort de l'analyse des articles 302 et suivants de l'AUPSRVE. Le premier alinéa de l'article 303 de l'AUPSRVE notamment, admet indirectement qu'une seconde procédure de saisie immobilière soit introduite, et organise la jonction de celle-ci avec la première. Il y est plus précisément affirmé que : « Si un second commandement présenté à la conservation foncière comprend plus d'immeubles que le premier, il est publié pour les biens non compris dans le premier. Le second poursuivant dénonce le commandement publié au premier saisissant qui est tenu de diriger les poursuites pour les deux saisissants si elles sont au même état ».

Les créanciers bénéficiant d'une garantie personnelle se joignant ainsi aux procédures de saisie engagées à l'encontre du garant, ne sont pas défavorisées du fait de la postériorité de leur intervention, car le créancier conduisant la procédure ne bénéficie de ce seul fait, d'aucun avantage. A l'issue de la procédure, soit les créanciers, chirographaires, inscrits et privilégiés, organisent conventionnellement la répartition du résultat de la réalisation du bien mobilier ou immobilier saisi⁶⁴² ; soit ils sont désintéressés, après saisine du président de la juridiction territorialement et matériellement compétent, en fonction du classement que leur confèrent leurs garanties⁶⁴³.

De l'ensemble de ces développements, nous pouvons tirer le fait que, l'indisponibilité d'un ou plusieurs biens d'un garant personnel, découlant de l'exercice d'une saisie contre ce dernier, a un effet réduit sur l'efficacité de la réalisation de la garantie personnelle qu'il a consentie. En effet, outre la possibilité de réaliser sa garantie sur les biens du patrimoine du garant qui ne sont concernées par aucune procédure de saisie, le créancier pourrait se joindre à la plupart des procédures de saisies entamées.

⁶⁴² Article 325 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « S'il y a plusieurs créanciers en matière mobilière ou, en matière immobilière, plusieurs créanciers inscrits ou privilégiés, ceux-ci peuvent s'entendre sur une répartition consensuelle du prix de la vente »

⁶⁴³ Article 326 de l'AUPSRVE : « Si, dans le délai d'un mois qui suit le versement du prix de la vente par l'adjudicataire, les créanciers n'ont pu parvenir à un accord unanime, le plus diligent d'entre eux saisit le président de la juridiction du lieu de la vente ou le magistrat délégué par lui afin de l'entendre statuer sur la répartition du prix ».

B- Effets d'une saisie sur la réalisation des garanties réelles

Plan. La constitution d'une garantie réelle sur un bien ne représente classiquement pas un obstacle à ce qu'une saisie soit pratiquée sur celui-ci. Les effets de cette saisie sur l'efficacité de la réalisation de la garantie constituée pourraient être présentés en distinguant les garanties réelles préférentielles (1) des garanties réelles exclusives (2).

1- Réalisation d'une garantie préférentielle postérieurement à une saisie

Influence de la diversité des modes de réalisation. Depuis la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, les créanciers bénéficiant de garanties réelles préférentielles ont la possibilité de réaliser celles-ci par le biais de la vente forcée, de l'attribution conventionnelle ou de l'attribution judiciaire. Lorsqu'une saisie est pratiquée par l'un des créanciers du garant sur un bien préalablement grevé d'une garantie préférentielle au profit d'un autre créancier, ce dernier se trouve bien entendu protégé par le droit de suite dont il dispose. Mais nous avons vu que, s'agissant des biens meubles, si l'acquéreur d'un bien a intérêt à affecter la somme destinée au paiement du prix à la satisfaction des créanciers inscrits pour assurer la consistance de ses droits, le sous-acquéreur du bien pourrait efficacement faire échec aux droits non-éteints des créanciers inscrits du propriétaire initial.

Ces créanciers pourraient donc avoir intérêt à ne pas faire preuve d'immobilisme dans l'hypothèse où le bien faisant l'objet de leur garantie serait soumis à une procédure de saisie. Ils pourraient notamment essayer de réaliser celle-ci. Cependant, l'effet d'indisponibilité découlant de la saisie pourrait impacter cette réalisation. Ces effets s'avèrent être différents selon que le mode de réalisation envisagé par le créancier garanti est la vente forcée (a), l'attribution conventionnelle (b) ou l'attribution judiciaire (c).

a- Réalisation par vente forcée sur bien indisponible

Réunion des procédures. Conformément à ce que nous avons précédemment évoqué, le créancier souhaitant réaliser la garantie réelle dont il bénéficie par la voie de la vente forcée du bien objet de la garantie, peut, lorsque celui-ci fait déjà l'objet d'une saisie, se joindre à la procédure engagée, et participer à la répartition des sommes obtenues de la vente. Il peut alors faire jouer le droit de préférence découlant de sa garantie, à moins que, en accord avec les autres

créanciers, saisissants, inscrits et privilégiés, un choix de répartition satisfaisant ne soit effectué.

Par conséquent, l'efficacité de la réalisation d'une garantie réelle préférentielle par la vente forcée n'est pas véritablement affectée lorsqu'elle intervient postérieurement à l'exercice d'une saisie sur le bien objet de la garantie.

b- Réalisation par attribution conventionnelle sur bien indisponible

Enjeux. Qu'il s'agisse du gage, du nantissement ou de l'hypothèque, il est permis au créancier bénéficiant d'une garantie réelle préférentielle de réaliser celle-ci par le biais d'une attribution en propriété dite conventionnelle.

Lorsque le bien objet de la garantie est soumis à une saisie exercée par un autre que le créancier garanti, l'effet d'indisponibilité que produit la saisie pourrait limiter les choix de réalisation. En effet, une telle situation soulève des questions relatives au maintien de la possibilité de réalisation par attribution conventionnelle.

Admettre qu'un créancier bénéficiant d'une garantie réelle puisse obtenir le transfert de propriété du bien grevé en application d'un pacte commissaire lorsque ledit bien fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée exercée par un autre créancier, correspondrait à permettre aux parties à tout contrat de garantie réelle, de rendre inefficace toute saisie éventuelle portant sur le bien, au moyen d'une clause prévoyant un pacte commissaire.

A contrario, faire primer l'effet d'indisponibilité découlant de la mesure d'exécution forcée sur la réalisation par attribution conventionnelle au profit du créancier garanti, aurait simplement pour conséquence de réduire les options de réalisation dont ce dernier dispose. Il resterait au créancier garanti la possibilité de se joindre à la saisie entamée.

Résolution du conflit. Par conséquent, il devrait être admis qu'un créancier bénéficiant d'une garantie réelle préférentielle soit privé de la possibilité de réaliser celle-ci en optant pour l'attribution conventionnelle, lorsque le bien garanti fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée.

c- Réalisation par attribution judiciaire sur bien indisponible

Enjeux. Le créancier bénéficiaire d'une garantie réelle a la possibilité, lorsque le débiteur de la créance garantie est défaillant, de réaliser celle-ci en sollicitant de la part de la juridiction compétente, que la propriété du bien faisant l'objet de la garantie lui soit attribuée à titre de paiement.

Lorsque ce bien fait l'objet d'une saisie, il devient indisponible. Pourrait, de ce fait, se poser la question de la possibilité pour le créancier garanti de demander l'attribution judiciaire du bien grevé, indisponible du fait de la saisie.

Similairement à ce que nous avons souligné concernant la réalisation par attribution conventionnelle, admettre que le créancier inscrit sur le bien saisi puisse en recevoir la propriété sur décision judiciaire serait, a priori, faire échec à l'action du premier saisissant. Cependant, à la différence de l'attribution conventionnelle, la volonté des parties n'aurait pas d'influence sur le sort réservé au bien. Seul le juge saisi pourrait apprécier l'opportunité d'attribuer à l'un des créanciers inscrits qui en ferait la demande, la propriété du bien saisi. Pour qu'une telle possibilité soit envisagée, il faudrait tout d'abord que le créancier inscrit se joigne à la procédure de saisie par voie d'opposition. Il faudrait ensuite qu'une évaluation du bien saisi ait lieu.

Dans l'hypothèse où la valeur du bien saisi serait plus importante que le montant de la créance garantie, si la soulte dont il devrait être redevable en cas d'attribution en propriété est suffisamment importante pour satisfaire le saisissant et les autres créanciers opposants, il ne serait pas inopportun d'effectuer un tel choix.

De même, dans l'hypothèse où il y aurait un seul créancier inscrit sur le bien saisi qui ferait opposition, et où sa créance serait bien plus importante que la valeur du bien, de sorte qu'en cas de vente forcée du bien, il n'y aurait aucune chance pour le créancier saisissant et les autres créanciers opposants, de recevoir une quelconque part du prix obtenu, il ne serait pas inintéressant que le juge accorde la propriété du bien saisi à ce créancier s'il en fait la demande, de manière à réduire les différents coûts relatifs à la procédure.

Résolution du conflit. Par conséquent, si l'attribution conventionnelle au profit du créancier inscrit peut difficilement être admise lorsque le bien grevé fait l'objet d'une mesure d'exécution forcée engagée par un autre créancier, l'attribution judiciaire pourrait, de manière restrictive, être accordée.

2- Réalisation d'une garantie exclusive postérieurement à une saisie

Effets divers selon les types de garanties. Les principales garanties exclusives que nous avons pu identifier au sein du Droit OHADA sont : le droit de rétention, la réserve de propriété, et la propriété cédée à titre de garantie. Cette dernière se limite cependant, en Droit OHADA, à la cession de créance à titre de garantie et au transfert fiduciaire de somme d'argent. Lorsque l'un des créanciers du débiteur d'une créance couverte par une garantie exclusive engage une procédure de saisie portant sur le bien faisant l'objet de la garantie, peut naître un conflit entre les effets de la saisie et la réalisation de la garantie. Les enjeux de ce conflit pourraient être présentés en distinguant les effets de la saisie sur le droit de rétention (a), de ses effets sur les mécanismes de garantie s'appuyant sur le droit de propriété (b).

a- Saisie d'un bien objet d'un droit de rétention

Cadre du conflit. Le conflit pouvant opposer les effets d'une saisie aux manifestations d'un droit de rétention ne devrait se rencontrer que dans le cadre de saisies pratiquées entre les mains d'un tiers, et ne devrait concerner que les biens mobiliers sur lesquels le créancier se prévalant du droit de rétention aurait un pouvoir effectif.

Echec du droit de rétention antérieur. Il est tout d'abord assez intéressant de souligner que, lorsqu'un créancier réunit les conditions indispensables pour bénéficier d'un droit de rétention, il ne lui est pas possible d'exercer celui-ci s'il s'avère que, avant qu'il ne devienne détenteur du bien, ce dernier a fait l'objet d'une saisie. Rappelons en effet que le Législateur OHADA soutient à l'article 68 de l'AUS, que « le droit de rétention ne peut s'exercer que si le bien n'a pas été saisi avant d'être détenu par le rétenteur ».

Efficacité du droit de rétention antérieur. Pour ce qui est des cas dans lesquels la réunion des conditions d'exercice du droit de rétention survient antérieurement à l'exercice d'une mesure d'exécution forcée sur le bien retenu, le Droit OHADA ne règle pas clairement le conflit.

Nous pouvons simplement retenir qu'au titre de l'article 114 de l'AUPSRVE, relatif à la saisie-vente de biens meubles corporels, le créancier se prévalant d'un droit de rétention sur un bien faisant l'objet d'une saisie, peut simplement en informer l'huissier ou l'agent d'exécution

conduisant cette opération⁶⁴⁴. Cette notification a pour effet de faire courir un délai d'un mois dans lequel le créancier saisissant est tenu de contester le droit de rétention⁶⁴⁵.

Ceci impliquerait, d'une part, que le créancier rétenteur qui ne ferait pas régulièrement valoir son droit de rétention au cours de la procédure de saisie, ne devrait pas pouvoir l'opposer à l'issue de celle-ci, à l'acquéreur du bien. Cela signifierait, d'autre part, que le créancier saisissant qui ne contesterait pas régulièrement le droit de rétention, à la suite de la notification adressée par le rétenteur, devrait en subir les effets⁶⁴⁶. Il devrait en être de même dans l'hypothèse où la juridiction saisie rejeterait la contestation soulevée par le créancier saisissant.

Il résulte donc de ces développements que, le droit de rétention n'est pas affecté par l'introduction d'une procédure de saisie postérieure à la réunion de ses conditions d'exercice⁶⁴⁷.

b- Saisie d'un bien objet d'une propriété-garantie

Plan. Le créancier pratiquant une saisie pourrait se trouver confronté aux droits détenus sur le bien saisi par un créancier ayant pris le soin de garantir sa créance en s'en réservant la propriété (i). Il pourrait également avoir à faire face, notamment lorsque sa saisie porte sur des sommes d'argent, aux droits d'un créancier s'étant vu transférer la propriété du bien saisi (ii).

i) Saisie d'un bien objet d'une réserve de propriété

Cadre du conflit. La réserve de propriété, nous l'avons vu, fait l'objet d'une organisation en droit OHADA, uniquement du point de vue des biens mobiliers. Les biens dont la propriété est ainsi réservée jusqu'à la satisfaction du créancier, sont généralement détenus par le débiteur. Il est donc possible qu'un créancier saisisse entre les mains de son débiteur, un bien mobilier

⁶⁴⁴ Article 114 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Si le tiers se prévaut d'un droit de rétention sur le bien saisi, il en informe l'huissier ou l'agent d'exécution par lettre recommandée avec avis de réception ou tout moyen laissant trace écrite à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie ».

⁶⁴⁵ Article 114 alinéa 2 de l'AUPSRVE : « Dans le délai d'un mois, le créancier saisissant peut contester ce droit de rétention devant la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le tiers. Le bien demeure indisponible durant l'instance ».

⁶⁴⁶ Article 114 alinéa 3 de l'AUPSRVE : « A défaut de contestation dans un délai d'un mois, la prétention du tiers est réputée fondée pour les besoins de la saisie ».

⁶⁴⁷ Voir également en ce sens : P. CROCQ, *Le nouvel Acte Uniforme portant organisation des sûretés*, Editions Lamy, 2012, n° 192.

faisant l'objet d'une réserve de propriété. Or, la qualité de propriétaire du débiteur saisi est une condition nécessaire à la régularité de l'opération de saisie⁶⁴⁸.

L'action en distraction : moyen de protection des droits du créancier garanti. Le législateur OHADA ouvre par conséquent au véritable propriétaire du bien, une action lui permettant de s'opposer à la poursuite de la procédure de saisie. Il s'agit de l'action en distraction. Il est en effet prévu au premier alinéa de l'article 141 de l'AUPSRVE, relatif à la saisie-vente, que : « Le tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi peut demander à la juridiction compétente d'en ordonner la distraction ».

Conditions d'exercice de l'action. Il faut toutefois noter qu'il appartient à celui qui se prétend propriétaire du bien faisant l'objet de la saisie, de fournir les éléments nécessaires à la reconnaissance de sa qualité de propriétaire. Le deuxième alinéa de l'article 141 de l'AUPSRVE précise en ce sens que : « A peine d'irrecevabilité, la demande doit préciser les éléments sur lesquels se fonde le droit de propriété invoqué ».

La réserve de propriété étant soumise à une obligation de publicité, via inscription au RCCM, à titre d'opposabilité, il ne s'avérera en général pas très difficile pour le créancier réservataire diligent, d'établir de manière indiscutable sa qualité de propriétaire du bien saisi, et voir ainsi favorablement aboutir l'action en distraction qu'il aura introduite.

Cependant, il pourrait s'avérer utile de noter que l'action en distraction est soumise à une limite temporelle. Car, elle ne peut recevoir une issue favorable lorsqu'elle est introduite après la vente du bien saisi⁶⁴⁹. A moins que le prix obtenu de la vente du bien saisi n'ait encore été distribué ; auquel cas l'action se reporterait sur le prix⁶⁵⁰.

Néanmoins, le créancier réservataire dont l'action en distraction serait irrecevable, en raison de la vente du bien et de la distribution du prix antérieures à son introduction, ne se retrouverait pas démuné. Il lui serait encore possible d'exercer une action en revendication.

N'identifiant aucun écueil à ce que ces développements soient valables pour les autres formes de saisies, nous pouvons affirmer que, l'exercice d'une mesure d'exécution forcée, portant sur

⁶⁴⁸ Article 91 de l'AUPSRVE post cité.

⁶⁴⁹ Article 142 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « L'action en distraction cesse d'être recevable après la vente des biens saisis ; seule peut, alors, être exercée l'action en revendication ».

⁶⁵⁰ Article 142 alinéa 2 de l'AUPSRVE : « Toutefois, le tiers reconnu propriétaire d'un bien déjà vendu peut, jusqu'à la distribution des sommes produites par la vente, en distraire le prix non diminué des frais ».

un bien mobilier faisant l'objet d'une réserve de propriété, ne devrait pas représenter un obstacle à la réalisation de ladite garantie.

ii) Saisie d'une créance soumise à un droit exclusif

Efficacité du transfert fiduciaire face à une saisie postérieure. Toute personne bénéficiant du transfert fiduciaire d'une somme d'argent en vue de garantir l'exécution d'une obligation pourrait difficilement être inquiété du fait de l'introduction, par l'un des créanciers du garant, d'une procédure de saisie portant sur la somme d'argent faisant l'objet de la fiducie. En effet, la conclusion de la garantie ayant pour conséquence de transférer la propriété de la somme d'argent au créancier garanti, il suffira à ce dernier de faire valoir son droit de propriété pour faire échec à la procédure de saisie.

Efficacité de la cession de créance à titre de garantie en cas de saisie postérieure. La situation du bénéficiaire d'une cession de créances à titre de garantie pourrait être moins évidente en cas de saisie pratiquée par l'un des créanciers du garant sur les créances cédées. Ici, la cession de créance à titre de garantie qui aura été régulièrement inscrite au RCCM ; dont l'effet est l'opposabilité aux tiers⁶⁵¹ ; et notifiée au débiteur de la créance afin de lui être opposable⁶⁵², primera la saisie pratiquée postérieurement, à défaut de qualité de propriétaire du débiteur de la créance pour laquelle la saisie aura été pratiquée.

Le débiteur de la créance saisie est d'ailleurs tenu de jouer un rôle important dans ce cadre, puisqu'il a l'obligation de déclarer au créancier saisissant, par le biais de l'huissier ou de l'agent d'exécution, toute cession portant sur la créance, qui lui aura été notifiée⁶⁵³. Il pourrait engager sa responsabilité s'il venait à manquer à une telle obligation ; puisqu'il pourrait « être condamné au paiement des causes de la saisie, sans préjudice d'une condamnation au paiement de dommages et intérêts »⁶⁵⁴.

Efficacité du nantissement de créances face à une saisie postérieure. Le cas du conflit intervenant entre les droits quasi-exclusifs découlant de la constitution d'un nantissement de

⁶⁵¹ Article 82 de l'AUS précité.

⁶⁵² Article 84 de l'AUS précité.

⁶⁵³ Article 156 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Le tiers saisi est tenu de déclarer au créancier l'étendue de ses obligations à l'égard du débiteur ainsi que les modalités qui pourraient les affecter et, s'il y a lieu, les cessions de créances, délégations ou saisies antérieures. Il doit communiquer copie des pièces justificatives ».

⁶⁵⁴ Article 156 alinéa 2 in fine de l'AUPSRVE.

créances et la saisie pratiquée postérieurement par les créanciers du garant sur les mêmes créances, exige des précisions supplémentaires.

En effet, nous avons précédemment effectué le constat selon lequel le nantissement de créances régulièrement publié, et notifié au débiteur de la créance, a pour conséquence d'assurer au créancier garanti l'exclusivité de la réception du paiement de la créance nantie⁶⁵⁵.

D'un autre côté, la saisie-attribution portant sur une créance a pour effet l'attribution immédiate des sommes saisies au profit du saisissant, qui devient créancier du débiteur de la créance saisie⁶⁵⁶. La question qui se soulève ici est celle de savoir si cet effet attributif immédiat s'impose en dépit du droit exclusif au paiement accordé au créancier bénéficiaire d'un nantissement constitué antérieurement à la saisie.

Les dispositions organisant la saisie-attribution de créances n'envisagent pas la possibilité pour d'autres créanciers que le saisissant, de se joindre à la procédure de saisie engagée. Ces autres créanciers du titulaire de la créance saisie sont tenus d'introduire eux-mêmes une procédure de saisie. Le concours entre plusieurs créanciers saisissants n'étant envisagé que dans l'hypothèse où leurs saisies surviendraient le même jour⁶⁵⁷, il est assez peu probable qu'un créancier saisissant rentre en concours avec un créancier nanti réalisant sa garantie, pour la répartition des sommes correspondant à la créance objet de la saisie.

Admettre l'efficacité d'une saisie attribution de créance face à un nantissement antérieurement constitué, serait rendre dangereusement inefficace tout nantissement ayant pour objet une créance. Tout créancier du garant aurait en effet la possibilité de faire échec au nantissement de créance en effectuant simplement une saisie. Afin de se conformer à l'objectif d'efficacité ayant animé l'esprit du législateur OHADA à l'occasion de la réforme de l'AUS de 2010, et de conserver un intérêt au nantissement de créance, il serait opportun d'affirmer que les droits du créancier nanti font échec à la mesure d'exécution forcée pratiquée postérieurement à la publicité de la garantie, par un autre créancier du garant⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Article 133 de l'AUS précité.

⁶⁵⁶ Article 154 alinéa 3 de l'AUPSRVE : « Cet acte rend le tiers personnellement débiteur des causes de la saisie dans la limite de son obligation ».

⁶⁵⁷ Article 155 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Les actes de saisie signifiés au cours de la même journée entre les mains du même tiers sont réputés faits simultanément. Si les sommes disponibles ne permettent pas de désintéresser la totalité des créanciers ainsi saisissants, ceux-ci viennent en concours ».

⁶⁵⁸ Voir dans le même sens : P. CROCQ, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Editions Lamy, 2012, n° 329.

SECTION II : PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION : MOYENS DE REALISATION DES GARANTIES DU CREDIT

Moyens de réalisation spécifiques à la vente forcée. En dépit du fait que les modes de réalisation des garanties aient été enrichis de l'attribution conventionnelle et de l'attribution judiciaire, les mesures d'exécution forcée restent encore le choix privilégié par les créanciers bénéficiaires d'une garantie personnelle ou réelle, n'ayant pas reçu de paiement volontaire de la part du débiteur principal ou même du garant. Des dispositions prévues par l'AUPSRVE, les créanciers souhaitant réaliser leurs garanties devraient pouvoir apprécier la liberté de choix caractérisant les procédures civiles d'exécution en droit OHADA (§1). Ils devraient un peu moins apprécier les limites à l'exécution forcée qu'il nous est possible d'identifier (§2).

§1- Liberté de choix au niveau de la réalisation forcée des garanties du crédit

Plan. Lorsqu'un créancier bénéficiant d'une garantie du crédit souhaite réaliser celle-ci par le biais des procédures civiles d'exécution, il a à sa disposition une grande diversité de mesures d'exécution (I). Dans le cadre de la mise en œuvre de ces mesures d'exécution forcée, une place est opportunément laissée à la cession amiable (II).

I- Diversité des mesures d'exécution

Liberté de choix du créancier. La possibilité qui est offerte au créancier de choisir librement entre différentes mesures d'exécution forcée permet une meilleure adaptation aux différents contextes dans lesquels les différents protagonistes pourraient se trouver. Le créancier a en effet la possibilité de choisir la mesure d'exécution qui pourrait être la plus efficace en fonction des qualités de la créance, de la personne du débiteur, ou encore des caractéristiques du patrimoine de celui-ci. Ces mesures d'exécution forcée se répartissent en saisies conservatoires (B) et en saisies classiques dont l'exécution est immédiate (A).

A- Saisies à exécution immédiate

Conditions d'exercice communes. Conformément à ce que nous avons précédemment évoqué, le droit OHADA prévoit plusieurs formes de saisies mobilières que nous avons citées, mais un régime unique pour la saisie immobilière. Pour toutes ces formes de saisies, les conditions auxquelles un créancier pourrait introduire une procédure sont en principe les mêmes : ces conditions sont relatives aux qualités de la créance justifiant la mesure (1), et à la nécessité pour le créancier de détenir un titre exécutoire (2).

1- Qualités de la créance

Caractère certain, liquide et exigible. Le créancier souhaitant réaliser sa garantie en effectuant une saisie est tenu de démontrer, pour que sa saisie soit régulière, qu'il dispose d'une créance certaine, liquide et exigible. En effet, l'article 31 de l'AUPSRVE, applicable à toutes les voies d'exécution du droit OHADA prévoit que : « L'exécution forcée n'est ouverte qu'au créancier justifiant d'une créance certaine, liquide et exigible sous réserve des dispositions relatives à l'appréhension et à la revendication des meubles ».

Cette exigence est successivement reprise au sein des dispositions spécialement dédiées aux procédures de saisie-vente⁶⁵⁹, de saisie attribution de créances⁶⁶⁰, de saisie de rémunérations⁶⁶¹, et de saisie immobilière⁶⁶².

2- Exigence d'un titre exécutoire

Condition exigée pour chaque type de saisie. De manière classique, le succès d'une procédure de saisie est soumis à l'obligation pour le créancier saisissant de détenir un titre exécutoire. Une telle contrainte n'est qu'indirectement évoquée au sein des dispositions communes aux saisies à exécution immédiate. Seul le premier alinéa de l'article 32 de l'AUPSRVE indique que : « A

⁶⁵⁹ Article 91 de l'AUPSRVE post cité.

⁶⁶⁰ Article 153 de l'AUPSRVE : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible, peut, pour en obtenir le paiement, saisir entre les mains d'un tiers les créances de son débiteur portant sur une somme d'argent, sous réserve des dispositions particulières à la saisie des rémunérations ».

⁶⁶¹ Article 173 de l'AUPSRVE : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie des rémunérations dues par un employeur à son débiteur ».

⁶⁶² Article 247 de l'AUPSRVE post cité.

l'exception de l'adjudication des immeubles, l'exécution forcée peut être poursuivie jusqu'à son terme en vertu d'un titre exécutoire par provision ».

Le législateur OHADA admet simplement ici, la possibilité de s'appuyer sur un titre exécutoire provisoire pour mener une opération de saisie, mais ne souligne pas suffisamment le caractère indispensable du titre exécutoire. Néanmoins, cette lacune est comblée au sein des dispositions particulières aux différentes formes de saisies à exécution immédiate.

Concernant les saisies mobilières, nous constatons notamment qu'en matière de saisie-vente de biens meubles corporels, l'article 91 de l'AUPSRVE, en son premier alinéa, dispose que : « Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut, après signification d'un commandement, faire procéder à la saisie et à la vente des biens meubles corporels appartenant à son débiteur, qu'ils soient ou non détenus par ce dernier, afin de se payer sur le prix ».

Précisons également que les textes relatifs à la saisie-attribution de créances⁶⁶³, et à la saisie des rémunérations⁶⁶⁴, comportent des dispositions allant dans le même sens.

Concernant les saisies immobilières, la nécessité pour le créancier saisissant de détenir un titre exécutoire est également affirmée au premier alinéa de l'article 247 de l'AUPSRVE. Il y est précisé que : « La vente forcée d'immeuble ne peut être poursuivie qu'en vertu d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible ».

Identification du titre exécutoire. Un créancier n'est, en droit OHADA, considéré comme détenant un titre exécutoire, que lorsque sa créance est contenue dans l'un des types d'actes limitativement énumérés à l'article 33 de l'AUPSRVE. Il s'agit : d' « actes notariés revêtus de la formule exécutoire » ; de « procès-verbaux de conciliation signés par le juge et les parties ; de décisions juridictionnelles revêtues de la formule exécutoire et celles qui sont exécutoires sur minute » ; de « décisions auxquelles la loi nationale de chaque Etat Partie attache les effets d'une décision judiciaire » ; d' « actes et décisions juridictionnelles étrangers, sentences arbitrales, déclarés exécutoires par une décision juridictionnelle, non susceptibles de recours suspensif d'exécution, de l'Etat dans lequel ce titre est invoqué ».

⁶⁶³ Article 153 de l'AUPSRVE précité.

⁶⁶⁴ Article 173 de l'AUPSRVE précité.

B- Saisies conservatoires

Domaine. Les saisies conservatoires présentent en droit OHADA, un régime de droit commun et trois régimes spéciaux. Ces derniers concernent successivement : les biens meubles corporels ; les créances ; et les droits d'associés et valeurs mobilières. Il pourrait s'avérer utile de souligner ici que, sont exclus du domaine d'application des saisies conservatoires, les biens immobiliers⁶⁶⁵.

Conditions d'exercice. L'exercice d'une saisie conservatoire ne nécessite pas que le créancier soit titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible. Il suffit simplement d'établir que sa créance paraît fondée en son principe⁶⁶⁶.

Il n'est non plus nécessaire de se munir d'un titre exécutoire. Mais le créancier est tenu de solliciter, au préalable, une autorisation de la juridiction compétente du lieu de domicile du débiteur. Cette autorisation ne peut être accordée que si le créancier dispose d'éléments démontrant que pèse sur le recouvrement de la créance un risque sérieux.

Le fait que le titre exécutoire ne soit pas nécessaire n'interdit pas que le créancier qui en détient déjà un, puisse le faire valoir pour effectuer une saisie conservatoire. Dans cette hypothèse, l'autorisation judiciaire préalable n'est plus imposée⁶⁶⁷.

La saisie conservatoire présente surtout pour le créancier souhaitant réaliser sa garantie personnelle ou réelle, mais ne détenant pas encore de titre exécutoire, nécessaire à l'exercice d'une mesure d'exécution forcée, l'intérêt de rendre un ou plusieurs biens du garant indisponibles, jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'en présenter un. Il peut ainsi réduire de façon non-négligeable, le risque que le garant organise son insolvabilité, ou cède le bien faisant l'objet de la garantie, rendant notamment difficilement efficace la réalisation des garanties réelles mobilières.

Le créancier garanti qui obtient une autorisation préalable de pratiquer une saisie conservatoire sur les biens du garant, est tenu d'agir rapidement, sous peine de caducité de la procédure de saisie. Il dispose tout d'abord, une fois l'autorisation délivrée, d'un délai de trois mois pour

⁶⁶⁵ Article 56 de l'AUPSRVE : « La saisie conservatoire peut porter sur tous les biens mobiliers, corporels ou incorporels appartenant au débiteur. Elle les rend indisponible ».

⁶⁶⁶ Article 54 de l'AUPSRVE : « Toute personne dont la créance paraît fondée en son principe peut, par requête, solliciter de la juridiction compétente du domicile ou du lieu où demeure le débiteur, l'autorisation de pratiquer une mesure conservatoire sur tous les biens mobiliers corporels ou incorporels de son débiteur, sans commandement préalable, si elle justifie de circonstances de nature à en menacer le recouvrement ».

⁶⁶⁷ Article 55 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Une autorisation préalable de la juridiction compétente n'est pas nécessaire lorsque le créancier se prévaut d'un titre exécutoire ».

effectuer les formalités de saisie⁶⁶⁸. Ensuite, il ne lui est accordé qu'un mois, à compter de la pratique effective de la saisie, pour introduire la procédure ou effectuer les démarches visant à l'obtention d'un titre exécutoire⁶⁶⁹.

Si le créancier garanti n'obtient pas le titre exécutoire qui lui est exigé, la procédure de saisie cesse de produire ses effets, et le garant saisi retrouve la disponibilité de ses biens.

Dans le cas où le créancier garanti obtient un titre exécutoire, il convertit la saisie conservatoire en saisie à exécution immédiate. Ainsi, la saisie conservatoire de biens meubles corporels devient une saisie-vente⁶⁷⁰ ; la saisie conservatoire de créances se transforme en saisie-attribution⁶⁷¹ ; et la saisie conservatoire de droits d'associés ou de valeurs mobilières mute en saisie-vente⁶⁷².

II- Possibilité de vente amiable du bien saisi

Intérêt. Dans le cadre des règles gouvernant la mise en œuvre d'une procédure de saisie, il a été accordé au débiteur saisi, la possibilité de procéder à une cession amiable du bien objet de la saisie. Une telle faveur permet au débiteur saisi de chercher librement un acquéreur qui lui proposera le meilleur prix possible pour l'acquisition de son bien. Ceci représente généralement un moyen d'obtenir une somme plus importante à répartir entre les différents créanciers saisissants. Les chances de satisfaction des créanciers étant ainsi plus élevées, nous pouvons en conclure que cette mesure vient renforcer l'efficacité des voies d'exécution, et par conséquent, des garanties du crédit.

Saisies mobilières. La vente amiable n'est toutefois admise que dans les procédures de saisie visant à obtenir un prix à distribuer aux créanciers saisissants. C'est la raison pour laquelle ne

⁶⁶⁸ Article 60 de l'AUPSRVE : « L'autorisation de la juridiction compétente est caduque si la saisie conservatoire n'a pas été pratiquée dans un délai de trois mois à compter de la décision autorisant la saisie ».

⁶⁶⁹ Article 61 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Si ce n'est dans le cas où la saisie conservatoire a été pratiquée avec un titre exécutoire, le créancier doit, dans le mois qui suit ladite saisie, à peine de caducité, introduire une procédure ou accomplir les formalités nécessaires à l'obtention d'un titre exécutoire ».

⁶⁷⁰ Article 69 ab initio de l'AUPSRVE : « Muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au débiteur un acte de conversion ».

⁶⁷¹ Article 82 ab initio de l'AUPSRVE : « Muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au tiers saisi un acte de conversion ».

⁶⁷² Article 88 ab initio de l'AUPSRVE : « Muni d'un titre exécutoire constatant l'existence de sa créance, le créancier signifie au débiteur un acte de conversion en saisie-vente ».

sont concernées en matière mobilière, que la saisie vente de biens meubles corporels et la saisie de droits d'associés et de valeurs mobilières.

En matière de saisie-vente de biens meubles corporels, nous pouvons retenir qu'à l'article 115 de l'AUPSRVE, le législateur OHADA affirme que : « Le débiteur contre lequel est poursuivie une mesure d'exécution forcée peut vendre volontairement, dans les conditions ci-après définies, les biens saisis pour en affecter le prix au paiement des créanciers ».

En matière de saisie de droits d'associés et de valeurs mobilières, le législateur OHADA opère un renvoi aux règles applicables, en la matière, à la saisie-vente de biens meubles corporels. L'article 240 de l'AUPSRVE dispose notamment que : « A défaut de vente amiable réalisée dans les conditions des articles 115 à 119 ci-dessus, la vente forcée est effectuée sous forme d'adjudication ».

Cependant, il pourrait s'avérer intéressant de souligner le caractère extrêmement limité du délai laissé au débiteur saisi pour effectuer cette vente amiable. Il dispose, en effet pour cela, simplement « d'un délai d'un mois à compter de la notification du procès-verbal de saisie »⁶⁷³.

Saisie immobilière. Concernant la saisie immobilière, aucun texte n'accorde au débiteur saisi, la possibilité de céder amiablement son bien. Pourrait ainsi se poser la question de l'admission, parallèlement à la saisie-vente de biens meubles, de la vente amiable en matière de saisie-vente de biens immobiliers.

Les juges de la CCJA ont apporté une réponse à cette interrogation, par le biais d'un arrêt rendu le 10 juin 2010⁶⁷⁴. Ils y affirment notamment que : « La procédure de vente amiable prévue aux articles 115 à 119, dont fait partie intégrante l'article 116, concerne la saisie-vente des biens meubles corporels ; en l'espèce, s'agissant d'une procédure de saisie-vente d'une concession, donc d'un bien immobilier, les dispositions de l'article 116 n'ont pas vocation à s'appliquer ».

Nous pouvons ainsi affirmer qu'en matière de saisie immobilière, toute possibilité de vente amiable du bien saisi est écartée. Une telle limitation pourrait être regardée comme une faiblesse dans une optique d'optimisation de l'efficacité des garanties réelles immobilières. Car, le résultat de la réalisation de celles-ci paraît moins favorable aux créanciers qu'il ne pourrait l'être dans l'hypothèse où la vente amiable serait admise. Le droit français a, pour sa part, corrigé ce défaut à l'occasion d'une ordonnance du 21 avril 2006, entrée en vigueur le 1^{er} janvier

⁶⁷³ Article 116 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE.

⁶⁷⁴ CCJA, 1^{ère} Chambre, 10 juin 2010, Monsieur S. c/ Monsieur K. et Monsieur B., Ohadata J-11-80.

2007⁶⁷⁵. Aux côtés de la vente par adjudication, nous pouvons désormais retrouver la possibilité d'effectuer la vente amiable sur autorisation judiciaire du bien immobilier faisant l'objet d'une saisie⁶⁷⁶.

§2- Limites à la réalisation forcée des garanties du crédit

Éléments identifiés. La réalisation forcée des garanties du crédit peut faire face à un certain nombre d'obstacles correspondant aux limites auxquelles sont généralement soumises les procédures civiles d'exécution en droit OHADA. Nous pouvons principalement identifier parmi ces limites : celles qui sont liées aux personnes pouvant être sujettes à une procédure de saisie (I) ; celles qui concernent les biens pouvant faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée (II) ; celles qui ont trait aux cas de restriction du choix de la mesure d'exécution (III) ; ou encore celles qui dépendent des actions du débiteur saisi (IV).

I- Limites liées à la personne du saisi

L'obstacle de l'immunité d'exécution. La réalisation d'une garantie personnelle ou réelle pourrait s'avérer impossible en raison de l'identité de la personne entre les mains de laquelle se trouve le bien devant faire l'objet de la mesure d'exécution projetée. En effet, certaines personnes bénéficient de ce qui est communément appelé, une immunité d'exécution. Ceci implique que les biens compris dans leur patrimoine sont mis à l'abri de toute voie d'exécution.

Cette immunité d'exécution bénéficie généralement aux Etats. En droit OHADA, il ne se trouve pas de disposition accordant clairement aux Etats Parties le bénéfice de l'immunité d'exécution. Le législateur OHADA pose simplement, au premier alinéa de l'article 30 de l'AUPSRVE, le principe selon lequel : « L'exécution forcée et les mesures conservatoires ne sont pas applicables aux personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution ».

Bénéficiaires de l'immunité d'exécution. Pour tenter d'identifier ces personnes, le second alinéa du même texte pourrait se montrer utile. En effet, celui-ci, semblant nuancer le principe posé à l'alinéa précédent, dispose que : « Toutefois, les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public ou des entreprises publiques, quelles qu'en soient la

⁶⁷⁵ L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso éditions, 9^{ème} édition, 2015, n°685.

⁶⁷⁶ Article L 322-1 du Code de procédure civile d'exécution français : « Les biens sont vendus soit à l'amiable sur autorisation judiciaire, soit par adjudication ».

forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité ».

Interprétant les textes que nous venons de citer, les juges de la CCJA ont, par une décision rendue le 7 juillet 2005, affirmé que : « L'article 30 de l'Acte Uniforme susvisé pose, audit alinéa 1er, le principe général de l'immunité d'exécution des personnes morales de droit public, et en atténue les conséquences audit alinéa 2, à travers le procédé de la compensation des dettes »⁶⁷⁷.

Ainsi, bénéficiant d'une immunité d'exécution en droit OHADA, toutes les personnes morales de droit public, et toutes les entreprises publiques. En cas de défaillance, celles-ci ne pourraient être soumises à aucune mesure d'exécution forcée.

Le domaine d'application de l'immunité d'exécution se révèle, au regard des personnes qui en bénéficient, relativement important. Pourraient s'en prévaloir : les Etats Membres de l'OHADA, différentes collectivités territoriales, les établissements publics, ou encore les sociétés dont le capital est à majorité détenu par une personne morale de droit public. Or, les Etats Membres de l'OHADA, directement ou par le biais de leurs collectivités territoriales et de leurs entreprises publiques, interviennent de manière considérable dans tous les domaines de l'activité économique⁶⁷⁸. Par conséquent, nombreuses sont les personnes physiques comme morales qui pourraient être affectées par cette immunité d'exécution.

Effets de l'immunité d'exécution. Les personnes morales de droit public, et encore moins les entreprises publiques, ne sont nullement privées de la possibilité de constituer des garanties personnelles ou réelles. Mais leurs partenaires devraient faire preuve de diligence ; car la réalisation de ces garanties est loin d'être assurée.

Effets sur les garanties personnelles. Du point de vue de la réalisation des garanties personnelles que les personnes morales de droit public et les entreprises publiques auront consenties, il apparaît assez rapidement que ces dernières ne sauraient être contraintes par les créanciers bénéficiaires, à l'exécution de leurs obligations, à la suite de la défaillance du débiteur garanti.

⁶⁷⁷ CCJA, 7 juillet 2005, n° 043/2005, Aziablévi YOVO et autres c/ Société Togo Télécom, Ohadata J-06-32.

⁶⁷⁸ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée, Droit OHADA*, Editions CREDIJ, 2011, n° 64.

Effets sur les garanties réelles. Du point de vue de la réalisation des garanties réelles, les effets de l'immunité d'exécution pourraient s'avérer un peu plus limités ; plus particulièrement pour ce qui relève des garanties exclusives.

Garanties préférentielles. En ce qui concerne les garanties préférentielles, outre les cas dans lesquels les personnes morales de droit public et les entreprises publiques seraient les constituants des garanties concernées sur leurs biens, la problématique posée par l'immunité d'exécution pourrait affecter les cas dans lesquels lesdites personnes et entreprises se verraient transmettre la propriété de biens grevés de garanties. L'efficacité du droit de suite attaché aux garanties préférentielles est dans une telle situation également altérée.

La vente forcée, l'attribution conventionnelle et l'attribution judiciaire, modes de réalisation des garanties préférentielles, sont des moyens par lesquels le garant se voit imposer la sortie d'un bien de son patrimoine en raison de l'inexécution de l'obligation garantie. L'impossibilité de faire procéder à la vente forcée des biens des garants bénéficiant d'une immunité d'exécution ne fait l'ombre d'aucun doute. Le fait de solliciter les tribunaux pour se voir accorder l'attribution d'un bien compris dans le patrimoine d'une personne bénéficiaire d'une immunité d'exécution ne devrait non plus pouvoir aboutir favorablement.

Il est par contre plus difficile de trancher la question de l'efficacité de la clause d'attribution conventionnelle. Nous pourrions d'un côté l'assimiler à une mesure d'exécution forcée dirigée contre la personne du garant en raison du caractère contraignant qu'elle semble présenter au moment de sa mise en œuvre. Nous pourrions d'un autre point de vue simplement l'assimiler à une cession de bien affectée d'une condition suspensive ; cette condition correspondant à l'inexécution de l'obligation garantie.

Dans l'hypothèse où l'attribution conventionnelle serait regardée comme une mesure d'exécution forcée, son application devrait être mise en échec par l'immunité d'exécution.

Dans l'hypothèse où l'attribution conventionnelle serait vue comme une cession conditionnelle, les personnes morales de droit public et les entreprises publiques n'étant pas privées du droit de céder leurs biens, son efficacité serait préservée. Cette position limitant les effets de l'immunité d'exécution, et assurant une meilleure efficacité aux garanties du crédit, elle devrait s'imposer.

Garanties exclusives. Pour ce qui est relatif aux garanties exclusives, le droit de rétention, la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie, comme la cession fiduciaire de somme d'argent, sont tous concernés par la problématique des effets de l'immunité d'exécution.

Le droit de rétention, qui permet à un créancier de s'opposer efficacement à la restitution d'un bien de son débiteur qu'il détient légitimement, jusqu'au paiement de sa créance, est d'abord un outil de défense. C'est un mécanisme de garantie qui n'implique normalement pas la sortie du bien qui en fait l'objet, du patrimoine du débiteur, par opposition aux mesures d'exécution forcée.

Nous pouvons noter qu'il s'agit d'une garantie qui affiche une certaine proximité avec le mécanisme de compensation, que le législateur OHADA a écarté du champ d'application des effets de l'immunité d'exécution. Tout comme en matière de compensation, les parties sont réciproquement créancières et débitrices d'obligations. Celui qui se prévaut du droit de rétention revendique généralement le paiement d'une certaine somme au propriétaire du bien retenu ; le propriétaire du bien retenu faisant quant à lui valoir l'obligation de restitution à laquelle est soumis le rétenteur.

Il s'avère ainsi difficile de considérer le droit de rétention comme une mesure d'exécution forcée. Le droit de rétention devrait donc rester insensible à l'immunité d'exécution.

La réserve de propriété, qui permet à toute personne souhaitant céder un bien, de conserver la qualité de propriétaire du bien jusqu'au paiement complet du prix, n'implique au moment de sa réalisation, aucun transfert contraint de bien du patrimoine du débiteur cessionnaire. Il apparaît donc que, la personne morale de droit public ou l'entreprise publique, qui s'est vue céder un bien avec réserve de propriété, ne subit aucune mesure d'exécution forcée lorsque, n'ayant pas rempli son obligation de paiement complet du prix du bien, la propriété de celui-ci ne lui est pas transférée. Ce qui nous conduit à considérer que l'immunité d'exécution est, en matière de réserve de propriété, inopérante.

Toutefois, lorsque le bien objet de la réserve de propriété se trouve entre les mains du débiteur, comme c'est habituellement le cas, le cédant pourrait être tenu d'exercer une action en revendication contre le cessionnaire. Devrait dès lors naître la question de l'efficacité de l'action en revendication dirigée contre une personne bénéficiant d'une immunité d'exécution. Le bien réservé n'ayant pas intégré le patrimoine de la personne morale de droit public, il ne devrait pas être affecté par la protection que constitue l'immunité d'exécution pour le patrimoine public. L'action en revendication devrait ainsi prospérer.

La cession de créance à titre de garantie, ainsi que nous l'avons précédemment souligné, permet à une personne de céder la titularité de créances qu'il détient sur des tiers, à titre de garantie de l'exécution d'une obligation dont il est débiteur. En cas d'exécution de ladite obligation, il retrouve la titularité des créances cédées. Dans le cas contraire, le cessionnaire demeure définitivement le titulaire des créances. Ainsi la réalisation de la cession de créance à titre de garantie ne passe pas par la pratique d'une mesure d'exécution forcée. Elle ne saurait donc, lorsqu'elle est constituée par une personne morale de droit public ou une entreprise publique, être affectée par le principe de l'immunité d'exécution.

Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent, permet de transférer la propriété d'une somme d'argent, à titre de garantie de l'exécution d'une obligation. Lorsque l'obligation garantie est exécutée, les fonds transférés sont restitués au constituant de la garantie. En cas d'inexécution de l'obligation garantie, la personne bénéficiaire de la garantie demeure titulaire des fonds transférés. Aussi bien qu'en matière de cession de créance à titre de garantie, la réalisation du transfert fiduciaire de somme d'argent ne fait appel à aucune mesure d'exécution forcée. Cette garantie devrait donc elle aussi être insensible aux effets de l'immunité d'exécution si elle était constituée par une personne morale de droit public ou une entreprise publique.

Nous pouvons ici effectuer le constat selon lequel, les garanties s'appuyant sur le droit de propriété échappent largement aux restrictions qu'implique la mise en œuvre du principe d'immunité d'exécution posée en droit OHADA au profit des personnes morales de droit public, et des entreprises publiques.

II- Limites liées aux biens

Insaisissabilité affectant certains biens. L'efficacité des garanties du crédit peut, en droit OHADA, être limitée en raison des restrictions portant sur certains biens. Ces limites se rapportent principalement à l'insaisissabilité affectant les biens du constituant de la garantie personnelle ou réelle.

Certains biens ne peuvent, en droit OHADA, faire l'objet d'aucune mesure d'exécution forcée. En effet, nous pouvons retenir qu'au premier alinéa de l'article 50 de l'AUPSRVE, il est indiqué que : « Les saisies peuvent porter sur tous les biens appartenant au débiteur alors même qu'ils seraient détenus par des tiers, sauf s'ils ont été déclarés insaisissables par la loi nationale de chaque Etat Partie ».

Détermination des biens insaisissables. Ce texte nous révèle également que le législateur OHADA ne s'est pas octroyé le droit de déterminer les biens qu'il estime insaisissables. Il en a laissé la compétence aux législateurs nationaux. Il s'autorise tout au plus à indiquer qu'une portion des rémunérations salariales échappe à toute opération de saisie. Mais sa hauteur est déterminée par chaque Etat Partie⁶⁷⁹. Il a sans doute été motivé par le fait que, en raison de l'hétérogénéité des échelles de valeurs que nous pouvons relever au sein des différents Etats Membres, les biens qui mériteraient, pour chaque pays, d'être préservés de toute mesure d'exécution, pouvaient varier. Cette compétence exclusive des Etats Parties est d'ailleurs confirmée à l'article 51 de l'AUPSRVE. Celui-ci dispose que : « Les biens et droits insaisissables sont définis par chacun des Etats Parties ».

Il est donc nécessaire de parcourir des textes nationaux, souvent obsolètes et imprécis, pour déterminer si dans un Etat, le bien sur lequel est envisagée une mesure d'exécution forcée, peut faire l'objet d'une saisie. Si nous nous arrêtons, à titre d'illustration, sur le cas du Bénin, nous constatons que les biens dont le caractère insaisissable est reconnu, sont identifiables en parcourant l'Arrêté général réglementant en justice de droit local les voies d'exécution en matière civile et commerciale, du 4 mars 1938⁶⁸⁰. Il est déclaré à l'article 13 de ce texte que :

« Sont insaisissables : 1. Les effets ou objets mobiliers de première nécessité, c'est-à-dire coucher, effets d'habillement et ustensiles de ménage strictement indispensables à la vie du débiteur et des membres de sa famille vivant habituellement avec lui, ainsi que ses papiers ; 2. Les instruments de travail indispensables à la pratique de sa profession ; 3. Les provisions nécessaires, jusqu'à la prochaine récolte, à son alimentation et à celle des membres de sa famille vivant avec lui ; 4. La partie de son salaire indispensable à sa subsistance et à celle des membres de sa famille vivant habituellement avec lui et incapables de travailler ; 5. Les pensions civiles et militaires, les indemnités ou rentes perçues en vertu de la réglementation sur les accidents du travail dont le débiteur est bénéficiaire ».

Ainsi qu'il est possible de le constater ici, l'insaisissabilité est généralement prévue pour des biens appartenant à des débiteurs personnes physiques, dans un esprit de préservation de la dignité de la personne humaine. Le fait que les biens des personnes morales soient exclus d'une telle protection pourrait être regardé comme un motif de satisfaction. Mais le caractère

⁶⁷⁹ Article 177 alinéa 1^{er} de l'AUPSRVE : « Les rémunérations ne peuvent être cédées ou saisies que dans les proportions déterminées par chaque Etat Partie ».

⁶⁸⁰ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée, Droit OHADA*, Editions CREDIJ, 2011, n° 66.

relativement imprécis des textes prévus a pour conséquence d'étendre sur une quantité très importante de biens appartenant au débiteur, le domaine d'application de l'insaisissabilité.

Effets de l'insaisissabilité sur les garanties. Pour ce qui est relatif aux garanties du crédit, l'insaisissabilité affectant certains types de biens pourrait être régulièrement opposée par tout garant appelé à répondre de ses engagements, en raison de la défaillance du débiteur de l'obligation garantie. Ce qui induit une altération de l'efficacité des garanties du crédit.

Garanties personnelles. En matière de garantie personnelle, nous pouvons constater qu'en raison de cette insaisissabilité, l'assiette du droit de gage général dont dispose normalement le créancier garanti sur le patrimoine du garant personnel est réduite. Il ne pourra en effet, en fonction du pays dans lequel s'appliquera la saisie, faire saisir certains biens du garant, dans l'hypothèse où il y aurait une défaillance, à la fois du débiteur et du garant.

Garanties réelles. En matière de garantie réelle, nous observons que la question de la remise en cause de la constitution et de la réalisation de garanties pourrait se poser.

Constitution de la garantie. L'insaisissabilité d'un bien ne prive normalement pas celui qui en est propriétaire, de la possibilité d'exercer tous les actes relatifs au droit de disposition dont il titulaire. Ne devrait par conséquent pas être remise en cause, la régularité des actes de cession, ou de constitution de garanties réelles, portant sur les biens insaisissables.

Réalisation de la garantie. Le principe d'insaisissabilité devrait avoir des effets désavantageux pour le créancier garanti, au niveau de la réalisation de la garantie constituée. Il sera tout d'abord assez difficilement contestable d'admettre que, les mesures d'exécution forcée prévues au sein de l'AUPSRVE ne pourront valablement servir à la réalisation des garanties réelles constituées sur des biens insaisissables. Nous voyons donc qu'est ici exclue, la réalisation dite par vente forcée, particulière aux garanties préférentielles. Signalons cependant au passage que, puisqu'il est possible qu'un bien considéré comme rentrant dans la catégorie des biens insaisissables lorsqu'il appartient à un débiteur, en soit écarté après sa cession, un créancier garanti pourrait en exerçant son droit de suite, faire saisir le bien entre les mains du tiers acquéreur, le faire vendre, et faire valoir son droit de préférence sur le prix qui en aura été tiré.

La faculté de réalisation par attribution judiciaire des garanties réelles préférentielles constituées sur des biens insaisissables devraient, de la même manière, pouvoir être écartée. Comme le mode de réalisation précédent, la réalisation judiciaire aurait pour conséquence un transfert de propriété contraint du bien insaisissable.

Par opposition, la réalisation par attribution conventionnelle dévoile une forme de cession conditionnelle du bien. La cession des biens insaisissables n'étant pas interdite, nous pourrions être tentés d'admettre la régularité de la réalisation par attribution conventionnelle des garanties réelles préférentielles constituées sur des biens insaisissables.

Concernant la réalisation des garanties réelles exclusives constituées sur des biens insaisissables, nous pouvons considérer que celles dont le mécanisme repose sur le droit de propriété échappent aux effets de l'insaisissabilité affectant les biens sur lesquels elles portent. Leur réalisation simple, consistant simplement au maintien de la qualité de propriétaire du créancier garanti, excluant toute mesure d'exécution forcée, leur permet lorsqu'elles portent sur des biens dits insaisissables, de conserver leur efficacité.

Ainsi, l'efficacité de la réserve de propriété ne devrait pas être altérée du fait de l'insaisissabilité des biens qui en font l'objet.

La cession de créances à titre de garantie ne devrait normalement pas être affectée non plus par le caractère insaisissable des créances qui pourraient en faire l'objet. Notons cependant qu'il est habituel que les créances insaisissables soient, en raison de leur caractère indispensable au maintien de la dignité de celui qui en bénéficie, également incessibles. Cette double qualité aurait bien évidemment pour conséquence, l'inefficacité de la cession de créances à titre de garantie.

Le transfert fiduciaire de somme d'argent ne devrait a priori pas représenter une quelconque difficulté. Soulignons tout d'abord que, outre le maintien de l'insaisissabilité des sommes découlant du paiement de créances insaisissables, il est possible que le législateur définisse une portion des sommes se trouvant entre les mains d'un débiteur, qui ne pourraient être saisies. Mais le débiteur n'est pas privé du droit de se dessaisir de ces sommes au profit d'un tiers. Ce qui assure la validité du transfert fiduciaire de somme d'argent qui serait constitué. L'efficacité de sa réalisation, qui est l'occasion pour le créancier garanti de conserver définitivement la propriété des fonds transférés, n'est en rien gênée par l'insaisissabilité initiale des sommes.

Quant au droit de rétention, qui est un moyen de pression dont l'esprit est éloigné de toute volonté de priver celui qui le subit, de la propriété de son bien, l'efficacité de son exercice ne devrait pas être remise en cause par le caractère insaisissable du bien qui en est l'objet.

III- Limites liées au choix de la mesure d'exécution

Principe de subsidiarité. En principe, le bénéficiaire d'une garantie du crédit devrait, en vertu du droit de gage général reconnu à tout créancier à l'égard de son débiteur, pouvoir saisir tout bien du garant personnel ou réel, en cas de défaillance dans l'exécution de l'obligation garantie. Mais les possibilités qui lui sont offertes concernant le choix des moyens lui permettant de réaliser sa garantie, sont limitées par le principe de subsidiarité influençant la mise en œuvre des voies d'exécution en droit OHADA.

La notion de subsidiarité est, en matière de voies d'exécution, utilisée pour désigner la hiérarchie des mesures d'exécution qui est imposée aux créanciers lorsqu'ils souhaitent effectuer une saisie contre les biens de leurs débiteurs. Les créanciers bénéficiaires de garanties personnelles, tout comme ceux pouvant se prévaloir de garanties réelles, se trouvent confrontés à cette hiérarchisation des mesures d'exécution à l'occasion de la réalisation de leurs garanties.

Incidence sur les garanties personnelles. En matière de garanties personnelles, le créancier souhaitant agir contre son garant ne pourrait, quelle que soit l'importance de sa créance, saisir en premier l'un des biens immobiliers de celui-ci. Il est en effet exigé qu'il agisse tout d'abord sur les biens mobiliers du débiteur saisi. Il n'est autorisé à agir sur les biens immobiliers de son débiteur que si les biens meubles de ce dernier se révèlent insuffisants à assurer l'extinction de sa créance. C'est ce que prescrit notamment le second alinéa de l'article 28 de l'AUPSRVE, qui indique que : « Sauf s'il s'agit d'une créance hypothécaire ou privilégiée, l'exécution est poursuivie en premier lieu sur les biens meubles et, en cas d'insuffisance de ceux-ci, sur les immeubles ».

Incidences sur les garanties réelles. L'article 28 de l'AUPSRVE prévoit une exception au caractère subsidiaire du droit d'exercer une mesure d'exécution forcée sur les biens immobiliers de son débiteur lorsque celui-ci est défaillant. Les créanciers bénéficiant d'une hypothèque ou d'un privilège portant sur un bien immobilier de leur débiteur, sont autorisés à effectuer une mesure d'exécution forcée directement sur celui-ci.

Il semblerait d'ailleurs qu'il ne s'agisse pas là d'une simple faculté, mais d'une véritable obligation pour le créancier garanti. Nous pouvons constater que le législateur OHADA impose clairement à tout créancier bénéficiant d'une garantie sur un bien immobilier de son débiteur,

de saisir l'immeuble grevé en premier⁶⁸¹. Ce n'est qu'en cas d'insuffisance de celui-ci, qu'il se voit autorisé à saisir d'autres biens immobiliers de son débiteur.

Il devrait en outre, être assez aisément admis que, les saisies pratiquées par des créanciers bénéficiant de garanties réelles immobilières ne sauraient porter sur les biens meubles de leurs débiteurs avant que n'aient été conduites des mesures d'exécution forcée sur les immeubles grevés.

Par ailleurs, la hiérarchie imposée en matière immobilière devrait également pouvoir s'appliquer en matière mobilière. Le créancier s'étant vu accorder une garantie sur un bien mobilier appartenant à son débiteur, devrait être tenu de saisir celui-ci avant tout autre bien. Il aurait le droit de saisir les autres biens mobiliers de son débiteur, seulement en cas d'insuffisance. Et dans l'hypothèse où l'ensemble des biens mobiliers saisissables du débiteur se révéleraient insuffisants, il serait possible au créancier garanti de diriger son action contre les biens immobiliers de son débiteur.

Nous devons préciser que les différentes contraintes développées s'appliquent lorsque le débiteur est également le constituant de la garantie. En ce qui concerne les situations dans lesquelles les qualités de débiteur et de constituant reposent sur deux personnes différentes, ou celles dans lesquelles le bien objet d'une garantie conférant un droit de suite est cédé à un tiers, le créancier bénéficiaire de la garantie ne dispose de droits que sur le bien grevé, qu'il pourra seul saisir entre les mains du constituant ou du tiers acquéreur du bien.

IV- Limites liées aux actions du débiteur saisi

Plan. Lorsqu'est engagée une mesure d'exécution forcée, il est possible au débiteur soumis à la procédure, de retarder l'issue de celle-ci. Parmi les outils dont il dispose pour cela, nous allons envisager la sollicitation d'un délai de grâce (A), et la contestation valant suspension de procédure (B), qui reste toutefois spécifique à la saisie-vente.

⁶⁸¹ Article 251 de l'AUPSRVE : « Le créancier ne peut poursuivre la vente des immeubles qui ne lui sont pas hypothéqués que dans le cas d'insuffisance des immeubles qui lui sont hypothéqués, sauf si l'ensemble de ces biens constitue une seule et même exploitation et si le débiteur le requiert ».

A- Le délai de grâce

Domaine. La mise en œuvre de mesures d'exécution forcée peut être interrompue par l'octroi, par le juge, d'un délai de grâce au débiteur. Une telle possibilité est prévue en droit OHADA, au second alinéa de l'article 39 de l'AUPSRVE. Celui-ci prévoit que : « Compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, la juridiction compétente peut, sauf pour les dettes d'aliments et les dettes cambiaires, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues dans la limite d'une année ».

Nous retenons dans un premier temps que le délai de grâce prend la forme, soit d'un report, soit d'un échelonnement du paiement de la dette. Nous soulignons ensuite qu'une limite est posée au champ d'application du délai de grâce. Celui-ci ne saurait être obtenu lorsque la créance dont l'exécution est réclamée est alimentaire ou cambiaire. Pour toutes les autres dettes, le débiteur est en mesure de retarder la mise en œuvre de mesures d'exécution forcée.

Conditions d'attribution. Cependant, le choix d'accorder un délai de grâce est effectué après qu'aient été mis en balance les situations et intérêts du créancier et de son débiteur. D'une part, la gravité de la situation dans laquelle se trouve le débiteur est appréciée par le juge. D'autre part, l'importance que représente la créance pour le créancier est analysée, au regard notamment de la consistance de son patrimoine. Quoiqu'il en soit, le délai de grâce accordé au débiteur ne pourrait excéder un an.

Dans le cadre de son application aux garanties du crédit, le délai de grâce pourrait surtout profiter aux garants personnels, et affecter l'efficacité de la réalisation des garanties personnelles.

B- La suspension aisée de la procédure de saisie-vente

Conditions de suspension. La procédure de saisie-vente comporte pour le créancier, une fragilité non-indispensable que pourrait exploiter tout débiteur qui s'y trouverait soumis, afin de retarder au maximum son issue. Le débiteur dispose en effet de la possibilité d'obtenir la suspension de la procédure de saisie-vente, du seul fait de l'introduction d'une contestation portant sur la propriété ou la saisissabilité du bien qui en fait l'objet.

Une telle possibilité est ouverte en droit OHADA sur le fondement de l'article 139 de l'AUPSRVE, qui pose le principe selon lequel : « Les demandes relatives à la propriété ou à la

saisissabilité ne font pas obstacle à la saisie mais suspendent la procédure pour les biens saisis qui en font l'objet ».

Le débiteur obtient ici, de manière informelle, un délai de grâce, à des conditions beaucoup plus souples que celles qui sont requises pour pouvoir bénéficier d'un délai de grâce formel.

Effets sur les garanties. En ce qui concerne les garanties du crédit, aussi bien la réalisation des garanties personnelles que celle des garanties réelles pourraient être affectées par l'effet suspensif attaché aux contestations portant sur la propriété ou l'insaisissabilité des biens saisis : les garanties personnelles, dans le cadre de l'exercice du droit de gage général qui est reconnu au créancier garanti à l'égard du garant ; les garanties réelles, dans le cadre de la vente forcée d'un bien sur lequel a été constituée une garantie préférentielle.

CONCLUSION DU TITRE I

Le droit OHADA offre une large diversité de formes de sociétés. Celles-ci sont commerciales ou coopératives. Selon le type de société constituant une garantie, les conditions de régularité sont susceptibles de varier. Dans le cadre de la réalisation de ces garanties, le créancier bénéficiaire peut s'appuyer sur les multiples procédures de saisie, conservatoires ou classiques, pour obtenir satisfaction. Il peut cependant être confronté aux mêmes saisies lorsqu'elles sont initiées par des tiers. Plus dangereuses sont pour le créancier bénéficiaire d'une garantie, les différentes procédures collectives organisées par le législateur OHADA que sont : la procédure de conciliation, la procédure de règlement préventif, la procédure de redressement judiciaire, et la procédure de liquidation des biens.

TITRE II : LIMITES LIÉES A L'IMPORTANCE DE L'INSECURITE JURIDIQUE ET JUDICIAIRE AU SEIN DE L'ESPACE OHADA

Limites de l'harmonisation du droit des affaires. L'OHADA s'est donné pour objectif principal d'harmoniser, en le modernisant, le droit des affaires dans un espace englobant l'Afrique centrale et l'Afrique occidentale, et notamment les anciennes colonies françaises⁶⁸². L'organisation a cependant dû faire face à la problématique de la délimitation du domaine du droit des affaires, et des matières à réguler afin de garantir une harmonisation efficace. Contrainte de limiter son champ d'intervention, l'organisation a adopté neuf Actes Uniformes correspondant à neuf des matières différentes du droit des affaires.

Toutefois, nous pouvons constater que pour plusieurs de ces Actes Uniformes, l'application des dispositions qu'elles contiennent nécessite, outre l'interaction des différentes règles qui les composent, que des règles relatives à des matières non harmonisées du droit soient déterminées. C'est précisément le cas pour ce qui est de l'AUS.

En effet, le droit des garanties du crédit entretient des rapports très importants avec des matières telles que le droit des personnes et de la famille, le droit des obligations, le droit des biens, ou encore le droit des régimes matrimoniaux ; qui n'ont fait l'objet d'aucune harmonisation. Il est donc nécessaire, lorsqu'on souhaite évaluer les conditions d'efficacité des garanties du crédit dans l'espace OHADA, de s'attarder sur les règles édictées par les législateurs nationaux concernant ces différentes matières (CHAPITRE I).

Limites liées au contexte. Par ailleurs, l'efficacité des garanties du crédit du droit OHADA pourrait difficilement s'apprécier sans que n'aient été analysées les conditions dans lesquelles elles ont été reçues au sein des différents Etats Membres de l'OHADA, ainsi que l'impact qu'elles ont pu produire depuis leur adoption. La réalisation d'une telle tâche nous permet de faire le constat d'une grande faiblesse du droit écrit, dont les effets s'étendent sur la mise en œuvre du droit des garanties du crédit (CHAPITRE II).

⁶⁸² Rappelons ici que, des dix-sept pays membres de l'OHADA, quatorze sont des anciens territoires sous domination française ; la R.D Congo ayant connu la colonisation belge ; la Guinée Equatoriale et la Guinée Bissau ayant respectivement subi l'occupation de l'Espagne et du Portugal.

CHAP I : L'ABSENCE D'HARMONISATION DE DOMAINES JURIDIQUES AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT

Incertitudes relatives à la détermination des règles de droit internes. Avant l'adoption des Actes Uniformes, la détermination des règles applicables en matière de droit privé était assez incertaine pour la quasi-totalité des Etats-Membres de l'OHADA. Au cours de la période où ces Etats étaient des colonies, le droit qui y était appliqué était celui des pays colonisateurs. Pour les quatorze Etats-Membres colonisés par la France notamment, les règles qui étaient en vigueur à cette époque étaient celles émanant du Code civil et du Code de commerce français⁶⁸³.

Autour des années 1960, ces Etats sont déclarés indépendants. Insuffisamment pourvus en juristes ayant reçu un niveau de formation assez solide pour leur permettre d'élaborer des normes de droit privé destinées à réguler les rapports entre tous les individus se trouvant sur leurs territoires, les Etats nouvellement déclarés indépendants ont simplement repris le Code civil et le Code de commerce français, pour les anciennes colonies française ; et respectivement les textes belge, espagnol et portugais, pour la R.D Congo, la Guinée Equatoriale, et la Guinée Bissau.

Depuis leur accession à l'indépendance, ces Etats n'ont que limitativement adopté des textes propres. La majorité de ceux qui l'ont été sont restés très proches du droit de leurs anciens colonisateurs ; en particulier en matière de droit des personnes et de la famille, ou encore en matière de droit foncier. Les règles relatives aux matières généralement classées dans le domaine du droit des affaires n'ont pour leur part, pas été modifiées. Les Etats-Membres francophones de l'OHADA en particulier, continuaient, à quelques exceptions près⁶⁸⁴, à appliquer les dispositions prévues par le Code civil et le Code de commerce français, dans la version sous laquelle ils se présentaient à l'époque des déclarations d'indépendance. Tandis que

⁶⁸³ Le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Conakry, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, et le Togo, ont connu la colonisation de droit ou de fait de l'Etat français.

⁶⁸⁴ Le Sénégal et le Mali ont intégré à leurs législations des textes qui leur sont propres depuis les années d'indépendance. Le Sénégal a adopté, par une loi du 10 juillet 1963, un Code des obligations civiles et commerciales, complété depuis par plusieurs réformes importantes. Le Mali a, quant à lui, adopté le 29 août 1987, une loi relative au régime général des obligations.

le droit français connaissait de profondes évolutions, le droit en vigueur dans la quasi-totalité de ses anciennes colonies restait figé.

Néanmoins, il a été observé que, dans l'exercice de leur pouvoir d'interprétation, lorsqu'un litige leur était présenté, les plus hautes juridictions des Etats aujourd'hui membres de l'OHADA avaient tendance à s'aligner, avec plusieurs années de décalage, sur la jurisprudence française, citant d'ailleurs régulièrement celle-ci à titre de fondement⁶⁸⁵ de leurs décisions, et s'appuyant sur des textes adoptées en France longtemps après les années d'indépendance. Cette pratique, illégale en raison de l'absence de texte instaurant un principe d'alignement automatique du droit de ces pays sur le droit français, était confortée par les universitaires, dont l'enseignement s'appuyait fortement sur le droit positif français ; et par les praticiens, exerçant également avec les mêmes bases.

On pourrait espérer que le droit OHADA soit venu mettre un terme, au moins partiellement, à de telles pratiques. Pour les matières régies par le droit OHADA, les juges disposent désormais d'un droit renouvelé, et plus en accord avec les différentes évolutions observées au niveau mondial. Mais pour les matières restées à l'extérieur du périmètre d'harmonisation, la réalité n'est pas différente. Il reste toujours aussi difficile de déterminer quelles sont les règles applicables.

Une telle identification est pourtant nécessaire concernant les matières non-harmonisées qui entretiennent un lien étroit avec le droit des garanties du crédit si nous souhaitons définir, de manière plus complète, les conditions d'efficacité des différents mécanismes de garantie prévus par le droit OHADA.

Incidences pour les garanties du crédit. En fonction du contenu du droit interne qui sera applicable à la garantie contractée, le sort de celle-ci pourrait connaître des fortunes diverses. Autre complexité à laquelle devons faire face les créanciers de l'espace OHADA : celle relative à la détermination de la règle de droit interne applicable aux situations juridiques faisant intervenir des citoyens originaires de différents Etats-Membres de l'OHADA ou d'ailleurs. La circulation des personnes et des biens étant considérable entre les différents Etats d'Afrique centrale et d'Afrique de l'ouest, le terrain est propice à la survenance de nombreux conflits de lois.

⁶⁸⁵ Une pratique qui reste toujours d'actualité.

Conflits de lois. Classiquement, en matière de droit international privé, la détermination de la loi applicable à une situation juridique présentant un élément d'extranéité passe, en application de la méthode dite « savignienne », par l'identification de l'ordre juridique présentant objectivement les liens les plus étroits avec le rapport juridique en cause⁶⁸⁶. Les éléments sur lesquels il serait possible de s'appuyer afin de caractériser un tel lien sont multiples. Il pourrait s'agir de la nationalité des parties, de leurs domiciles, du lieu de situation des biens, du lieu de conclusion des actes, de l'autorité ayant accordé les droits revendiqués, ou encore de la juridiction saisie⁶⁸⁷. Les textes OHADA ne définissent pas les éléments pouvant, en fonction des situations juridiques, permettre de définir la loi applicable.

Nous pouvons néanmoins, en ce qui concerne les rapports juridiques ayant pour objet des biens immobiliers, identifier une piste de solution. En effet, nous avons précédemment relevé qu'à l'article 205 de l'AUS, le législateur OHADA soumettait la régularité de la constitution d'une hypothèque conventionnelle au respect de la forme prévue par l'Etat-Membre du lieu de situation de l'immeuble. Cette disposition pourrait nous orienter vers l'admission du critère traditionnel de la *lex rei sitae*⁶⁸⁸, ou lieu de situation du bien, comme élément de détermination de la loi présentant les liens les plus étroits dans le cadre de situations juridiques ayant pour objet des biens immobiliers.

L'utilisation de ce critère pourrait d'ailleurs être étendue à l'ensemble des biens, du moins ceux de nature corporelle ; les biens incorporels se prêtant difficilement à l'identification d'un lieu de situation. Les hypothèques et gages seraient ainsi, en partie, soumis aux lois nationales des Etats-Membres au sein desquels les biens sur lesquels ils porteraient se situeraient au moment de leur constitution.

Pour les garanties portant sur les autres types de biens, et les garanties personnelles, la détermination de la loi applicable sera fonction des dispositions prévues au sein des législations internes en matière de droit international privé. Il n'est pas exclu que des juridictions émanant de différents Etats-Membres se reconnaissent compétentes pour trancher le même litige au regard de leur droit interne, et désignent des lois nationales applicables différentes.

Plan. La principale source des garanties du crédit étant conventionnelle, il apparaît indispensable d'aborder la problématique de la détermination des règles relatives au droit des

⁶⁸⁶ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 11^{ème} éd., n° 117.

⁶⁸⁷ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 11^{ème} éd., n° 89.

⁶⁸⁸ P. MAYER, V. HEUZE, *Droit international privé*, LGDJ, 11^{ème} éd., n° 670.

contrats, qui sont applicables dans les Etats-Membres de l'OHADA (SECTION I). Ensuite, la constitution des garanties du crédit impliquant un engagement de biens, le caractère patrimonial qui en ressort nous contraint à analyser un certain nombre de problématiques ayant trait, non seulement au droit des biens (SECTION II), mais également au droit des régimes matrimoniaux (SECTION III).

SECTION I : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES CONTRATS

Tentatives d'harmonisation. La régularité des garanties du crédit accordées à un créancier nécessite qu'un certain nombre de conditions relatives au droit commun des contrats soient respectées. Si aucun Acte Uniforme relatif au droit des contrats n'a encore vu le jour, deux avant-projets régulant la matière ont déjà été réalisés.

Le premier, commandé par le Secrétariat Permanent de l'OHADA à UNIDROIT il y a environ quinze ans, a été élaboré sous la direction du Pr Marcel FONTAINE, et achevé en 2004. Critiqué pour la proximité excessive qu'il affiche avec les Principes d'UNIDROIT, et la rupture qui en résulte par rapport à la tradition pro-française des Etats-Membres de l'OHADA⁶⁸⁹, cet avant-projet semble avoir définitivement trouvé sa place dans les tiroirs de l'OHADA. Il est hautement probable qu'il ait également été victime de la réticence des plus hautes juridictions des Etats-Membres qui, ayant déjà beaucoup de mal à accepter la perte d'une large part de leur domaine de compétence, transféré au profit la CCJA, supportent difficilement l'idée de se voir dépouiller de leur compétence dans une matière aussi importante que le droit des contrats.

Le second projet, non initié cette fois par les institutions de l'OHADA, mais ayant reçu l'assentiment du Secrétariat Permanent de l'OHADA⁶⁹⁰, a été réalisé par les professeurs J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE, et F. M. SAWADOGO, missionnés par la Fondation pour le Droit

⁶⁸⁹ M. FONTAINE, « *L'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble* », *Revue de droit uniforme – Unidroit*, 2008, P. 203.

⁶⁹⁰ J. ISSA SAYEGH, P. G. POUGOUE, F. M. SAWADOGO, *Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA*, Fondation pour le droit continental.

Continental. Remis aux instances de l'OHADA à la fin de l'année 2015, ce projet a un domaine d'application plus large, puisqu'il ne se limite pas au seul droit des contrats, mais touche quasiment à l'ensemble du droit des obligations. Ceci a, sans surprise, pour effet d'attiser encore plus intensément la résistance des juridictions supérieures internes. Il reste difficile de déterminer si ce projet saura surmonter les écueils qui se présentent.

Application des dispositions contractuelles de droit interne. Quoiqu'il en soit, les conditions de formation contractuelles auxquelles les garanties du crédit du droit OHADA sont aujourd'hui soumises, sont celles qui émanent des règles internes aux différents Etats-Membres. Une grande majorité d'entre eux s'appuyant sur les dispositions du Code Civil français tel qu'il se présentait à la fin des années 1950, il sera nécessaire d'identifier les conditions exigées pour la formation des contrats à la fin des années 1950 en France. Fort heureusement, jusqu'à la réforme du droit des obligations introduite par l'ordonnance du 10 février 2016⁶⁹¹, les textes posant les conditions de formation des contrats sont restés inchangés depuis l'adoption du Code Civil en 1804. Bien évidemment, à travers l'exercice de leur pouvoir d'interprétation des textes, les juges français ont fait évoluer le sens donné à ces dispositions. Ainsi, c'est l'article 1108 du Code Civil français, dans sa version antérieure⁶⁹² à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 qui fixe les conditions essentielles à la formation des contrats dans la plupart des Etats-Membres de l'OHADA. Ces conditions sont notamment liées au consentement (§1), à la capacité (§2), à l'objet (§3), et à la cause (§4). Le droit des obligations applicable en R.D Congo, hérité de la colonisation, soumet à la réunion de ces mêmes conditions, la régularité de la formation des contrats⁶⁹³. Il en est de même en ce qui concerne les textes touchant au droit des contrats, adoptés après leur indépendance par le Sénégal⁶⁹⁴ et le Mali⁶⁹⁵.

⁶⁹¹ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

⁶⁹² Article 1108 ancien du Code Civil français : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de son engagement ; une cause licite dans l'engagement ».

⁶⁹³ Article 8 du Décret du 30 juillet 1888 sur les contrats ou les obligations conventionnelles : « Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention : le consentement de la partie qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; une cause licite dans l'obligation ».

⁶⁹⁴ Article 47 du Code de obligations civiles et commerciales (COCC) : « Sont requis pour la validité du contrat : 1°) le consentement des parties ; 2°) la capacité de contracter ; 3°) un objet déterminé et licite, formant la matière du contrat et des obligations ; 4°) une cause licite pour le contrat et les obligations qui en résultent ».

⁶⁹⁵ Article 28 de la loi du 29 août 1987 organisant le régime général des obligations : « Quatre conditions sont requises pour la validité du contrat : « le consentement ; la capacité ; l'objet ; la cause ».

§1- Le consentement du constituant

Exigence du consentement. Exclusion faite des garanties de source légale ou judiciaire, un créancier ne peut bénéficier d'une garantie personnelle ou réelle que s'il établit que le constituant y a régulièrement accordé son consentement. L'efficacité des garanties conventionnelles est ainsi soumise, non seulement à l'existence du consentement non-vicié du constituant (I), mais également à la preuve de ce consentement (II).

I- Intégrité du consentement du constituant

Conditions de régularité du consentement. Les conditions auxquelles le consentement du constituant d'une garantie conventionnelle est délivré sont précisées à l'ancien article 1109 du Code Civil français. Celui-ci prévoyait que : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

Le décret du 30 juillet 1888 pour la R.D Congo⁶⁹⁶, le COCC pour le Sénégal⁶⁹⁷, et la loi du 29 août 1987 pour le Mali⁶⁹⁸, soumettent également à des conditions identiques, la régularité d'un consentement.

Il est donc utile de s'intéresser à ces notions d'erreur (A), de violence (C) et de dol (B) dans le cadre des garanties du crédit.

A- L'erreur du constituant

Notions. L'erreur pourrait être définie comme « la situation d'une personne qui se représente inexactement la réalité, soit qu'elle considère comme vrai ce qui est faux, soit qu'elle considère comme faux ce qui est vrai »⁶⁹⁹. Élément ayant pour effet de vicier le consentement, elle pourrait être invoquée par le constituant d'une garantie du crédit, afin d'échapper à la réalisation de celle-ci.

⁶⁹⁶ Article 9 du décret du 30 juillet 1888 : « Il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ».

⁶⁹⁷ Article 61 du COCC : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence ».

⁶⁹⁸ Article 36 de la loi du 29 août 1987 : « Il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur, s'il a été surpris par dol ou extorqué par violence ».

⁶⁹⁹ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^e édition, n° 208.

Erreurs affectant la régularité des conventions. Toute erreur du constituant n'est cependant pas de nature à nuire à l'efficacité d'une convention de garantie. En effet, le Code Civil français, dans sa version applicable à ses anciennes colonies, distinguait expressément deux types d'erreurs susceptibles d'entraîner la nullité d'une convention. Il s'agit de l'erreur sur la substance de la chose faisant l'objet de la convention, et de l'erreur sur la personne dans les contrats *intuitu personae*. L'ancien article 1110 du Code Civil français disposait notamment que : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet. Elle n'est point une cause de nullité, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention ».

La notion de substance envisagée par ce texte est susceptible de faire l'objet de différentes interprétations. Deux conceptions ont été identifiées par la doctrine : l'une est dite objective, et l'autre est dite subjective. Lorsque la première semble renvoyer à ce qui constitue la matière dont est faite la chose, la seconde concerne les qualités de la chose ayant été déterminantes pour les parties au moment de la délivrance de leur consentement⁷⁰⁰.

Le choix effectué par la jurisprudence française a été de consacrer la conception subjective. En effet, la Cour de Cassation française a, par une décision rendue le 28 janvier 1913, affirmé que : « L'erreur doit être considérée comme portant sur la substance de la chose lorsqu'elle est de telle nature que, sans elle, l'une des parties n'aurait pas contracté »⁷⁰¹.

A ces deux types d'erreurs, il ressort de la doctrine française que viennent s'ajouter comme causes de nullité des conventions, l'erreur sur la nature du contrat et l'erreur sur l'identité de la chose faisant l'objet du contrat⁷⁰².

L'analyse de ces différents types d'erreurs révèle que, dès lors qu'il est établi que l'une des parties a été victime d'une erreur portant sur un élément déterminant pour son consentement, il lui est possible d'obtenir la nullité de la convention conclue. La nature du contrat, l'identité de son objet, la substance de cet objet, semblent être présumés déterminants pour le consentement. Tout autre élément ne saurait être considéré comme déterminant que dans l'hypothèse où les parties en auront expressément ou implicitement convenu.

⁷⁰⁰ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, Droit des obligations, LexisNexis, 13^{ème} édition, n° 172.

⁷⁰¹ Cour de Cassation française, Chambre civile, 28 janvier 1913, S. 1913.1.487.

⁷⁰² P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, Droit des obligations, LexisNexis, 13^{ème} édition, n° 169.

C'est sur cette idée que les textes posant les conditions de validité des conventions mettent l'accent au Sénégal et au Mali.

Le COCC sénégalais indique notamment en son article 62 que : « Il y a nullité lorsque la volonté de l'un des contractants a été déterminée par une erreur. Ce fait est établi lorsque l'autre contractant a pu connaître le motif déterminant pour lequel le contrat a été conclu ». Il en ressort en particulier que seule l'erreur portant sur un élément considéré comme essentiel au moment de la délivrance du consentement pourrait conduire à l'inefficacité de la convention conclue.

La loi malienne du 29 août 1987 reprend le même principe que celui posé par le COCC sénégalais. Il est en effet prévu à l'alinéa premier de l'article 37 de ce texte que : « L'erreur ne vicie le consentement que lorsqu'elle est déterminante. Elle doit porter sur un élément essentiel du contrat, ou que les parties considéraient comme tel »⁷⁰³.

Quant au décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo, en son article 10, il reproduit à l'identique le texte de l'ancien article 1110 du Code Civil français. L'erreur sur la substance du bien objet de la convention et l'erreur sur la personne dans les conventions *intuitu personae* sont donc expressément admises comme causes de nullité des contrats en R.D Congo. Nous ne devrions pas avoir de véritable difficulté à faire produire, en droit congolais, les mêmes effets à l'erreur sur la nature de la convention et à l'erreur sur l'identité de l'objet.

Application aux garanties du crédit du droit OHADA. Dans le cadre des garanties du crédit du droit OHADA, l'erreur de celui qui s'engage, le constituant, devrait représenter une source de nullité, dès lors qu'elle porterait sur un élément déterminant pour son consentement. La question de l'erreur pourrait, tant pour les garanties personnelles, que pour les garanties réelles, être abordée concernant la personne du créancier bénéficiaire, la nature de la convention, l'identité de l'objet, ou encore la substance de l'objet.

Concernant la personne du créancier bénéficiaire, il s'agit généralement d'un élément indifférent à l'engagement du constituant lorsque la garantie est constituée pour couvrir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers. Sont particulièrement concernées les garanties personnelles et les garanties réelles pour autrui. Dans cette hypothèse, c'est

⁷⁰³ La loi du 29 août 1987 reprend également le principe selon lequel l'erreur sur la personne peut être une cause de nullité des conventions lorsqu'elles ont un caractère *intuitu personae*. Le second alinéa de son article 37 prévoit que : « L'erreur sur la personne n'est une cause de nullité que si la considération de cette personne est la cause principale de la convention ».

régulièrement la personne du débiteur principal qui est déterminante au moment de l'engagement du garant.

Nous relevons d'une part que, l'erreur sur l'identité de la personne dont on garantit l'obligation devrait pouvoir être admise comme source de nullité de l'engagement du garant pour autrui. Notons toutefois qu'il appartient au garant de s'assurer de l'identité de la personne pour laquelle il s'engage. Il ne devrait pas pouvoir faire subir les effets de sa méprise au créancier bénéficiaire qui aura accordé un crédit au débiteur principal en considération de la garantie fournie. L'action du garant ne pourrait probablement aboutir favorablement que si le créancier comme le garant ont été victimes d'une erreur sur l'identité du débiteur principal.

Nous soulignons d'autre part que, l'erreur portant sur les qualités essentielles du débiteur garanti pourrait être avancée par le garant dans l'optique d'obtenir la nullité de son engagement. Les qualités essentielles envisagées ici se rapportent à la solvabilité du débiteur principal. Il serait utile d'écarter tout de suite le cas de l'insolvabilité intervenue postérieurement à l'engagement du garant, qui n'aurait aucune chance de prospérer. Car, l'objet même d'une garantie du crédit est de palier à la défaillance du débiteur principal, et par conséquent de couvrir le risque d'insolvabilité de ce dernier.

Pour ce qui est de l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal au moment de la constitution comme cause de nullité de la garantie, il ne semble pas y avoir de contrariété par rapport à la finalité des garanties. Il serait néanmoins assez peu probable qu'aboutisse une requête se fondant sur un tel élément pour obtenir la nullité de la garantie constituée. En effet, il appartient au garant de s'assurer des qualités de celui dont il garantit l'obligation. Il ne serait pas opportun que son erreur impacte la convention conclue avec le créancier. A moins, bien entendu, que les parties n'aient décidé d'intégrer une telle considération dans le périmètre de leur convention. C'est d'ailleurs la position qu'a adopté le droit français à travers sa jurisprudence. En effet, la Cour de Cassation française a, dans une décision rendue le 25 octobre 1977, estimé que, l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal dont s'estime victime un garant ne pouvait servir de fondement à la nullité de la garantie constituée, exception faite des cas dans lesquels ladite solvabilité a été posée comme condition à l'engagement du garant⁷⁰⁴.

⁷⁰⁴ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre civile, 25 octobre 1977, n° 76-11.441 : « Mais attendu que les juges du second degré ont énoncé que Z et C, cautions personnelles, ne pouvaient être déliés de leur obligation contractuelle de rembourser le prêt pour erreur sur la solvabilité de la société, au jour de leur engagement, que si ceux-ci démontraient qu'ils avaient fait de cette circonstance la condition de leur engagement, et ont, dans l'exercice de leur pouvoir souverain d'appréciation, estimé que cette preuve n'était pas rapportée ; que dès lors,

Lorsqu'une garantie réelle est constituée par le débiteur principal, les erreurs commises concernant la personne du cocontractant sont celles qu'on retrouve dans le cadre de conventions classiques. S'il y a erreur sur l'identité du créancier, la convention ayant fait naître la dette garantie, et la convention de garantie, seront généralement toutes les deux concernées. Il en est de même en ce qui concerne les qualités essentielles du créancier. Rappelons toutefois que la personne du créancier est en principe indifférente dans le cadre d'une telle opération. Il ne saurait en être autrement que dans l'hypothèse où les parties auraient intégré un tel élément au périmètre contractuel.

Concernant l'erreur sur la nature du contrat, ou plus précisément l'erreur sur les effets de la convention conclue, il n'est pas rare que la partie qui s'engage se trompe sur la véritable nature de la garantie pour laquelle elle délivre son consentement.

En matière de garanties personnelles, il est tout à fait envisageable qu'une personne, pensant contracter un cautionnement, s'engage en réalité dans une garantie autonome, dont le caractère accessoire apparaît beaucoup plus limité, et étant par conséquent plus sévère pour le garant. Mais, il sera bien difficile, en présence d'un écrit, indispensable à l'efficacité des garanties du crédit en droit OHADA, d'établir l'existence d'une erreur au moment de l'engagement. Une telle erreur a déjà pu être admise en droit français, dans une situation exceptionnelle, concernant deux cultivateurs illettrés qui avaient contracté un cautionnement, pensant fournir une simple garantie morale⁷⁰⁵.

La situation est comparable en matière de garanties réelles, où il ne serait pas impossible qu'une personne donne son consentement pour une garantie exclusive, pensant constituer une garantie préférentielle. La reconnaissance, sans doute exceptionnelle, de l'erreur pourrait conduire à la nullité de l'engagement souscrit par le garant.

Concernant la question de l'erreur sur l'identité de l'objet, et celle de l'erreur sur sa substance, la convention prévoyant la garantie étant en principe un contrat unilatéral, elles ne représentent normalement pas d'enjeu en matière de régularité des garanties du crédit.

D'autres types d'erreurs pourraient être envisagés. Mais ils devraient porter sur des éléments spécifiquement convenus entre les parties comme étant déterminants pour l'engagement du garant, pour que la nullité puisse être envisagée. Il pourrait en particulier s'agir, notamment en

ils n'avaient pas à rechercher, comme le soutient le moyen, si, à la date de leur engagement, Z et C ignoraient ou non si la situation de la société était déjà irrémédiablement contrariée ».

⁷⁰⁵ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre civile, 25 mai 1964, Bull. civ. n° 269.

ce qui concerne les garanties personnelles, de l'existence d'autres garanties. Ceci ayant normalement pour effet de limiter le risque pris par le garant au moment de son engagement. Il pourrait également s'agir de l'affectation du crédit. Il se pourrait en effet que le garant s'engage en tenant compte des effets bénéfiques attendus, pour la situation financière du débiteur principal, du projet financé grâce aux fonds garantis.

B- Le dol subi par le constituant

Notion. Le dol pourrait être défini, au niveau de la formation des conventions, comme une « manœuvre frauduleuse ayant pour objet de tromper l'une des parties à un acte juridique en vue d'obtenir son consentement »⁷⁰⁶. Lorsqu'il est établi qu'une partie à un contrat a obtenu le consentement de son cocontractant en usant de manœuvres dolosives, il est possible à ce dernier de s'en prévaloir afin d'obtenir la nullité de son engagement. Dans, le cadre des garanties du crédit, contrats en principe unilatéraux, c'est généralement le garant victime de dol qui s'en prévaut pour obtenir l'inefficacité de la garantie constituée.

Le Code Civil français en vigueur à la fin des années 1950, applicable à la grande majorité des Etats-Membres de l'OHADA en matière contractuelle, apportait des précisions sur le dol en son article 1116. Il y était indiqué que : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

Le décret du 30 juillet 1888, organisant le droit des obligations en R.D Congo, reprend à l'identique, en son article 16, le texte de l'ancien article 1116 du Code civil français⁷⁰⁷.

Le COCC sénégalais adopte également une conception similaire du dol, tout en précisant les conditions auxquelles le dol émanant d'un autre que le cocontractant pourrait être admis comme cause de nullité d'une convention. Il est en effet prévu à l'article 63 du COCC que : « Le dol est une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiquées à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement. Il y a dol également lorsque ces manœuvres exercées par un tiers contre l'une des parties ont été connues de l'autre ».

⁷⁰⁶ T. DEBARD, S. GUINCHARD, Lexique des termes juridiques, Dalloz, 25^{ème} édition.

⁷⁰⁷ Article 16 du décret du 30 juillet 1888 : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ».

La loi malienne du 29 août 1987 organisant le régime général des obligations, reproduit pour sa part, en son article 38, quasiment à l'identique, le contenu de l'article 63 du COCC sénégalais⁷⁰⁸.

Ainsi, nous pouvons opérer une distinction entre le dol émanant du cocontractant, et le dol émanant d'un tiers. Le dol émanant du cocontractant est l'hypothèse classique, envisagée par l'ensemble des textes évoqués ici. Le dol émanant d'un tiers est expressément prévu par les législations sénégalaise et malienne, au sein des textes cités précédemment, et a été admis, dans des cas limitatifs, par la jurisprudence française. Le droit de la R.D Congo ayant reproduit le texte français relatif au dol, il ne devrait pas y avoir de difficulté à ce que le dol émanant d'un tiers y soit également reconnu.

Conditions d'admission du dol émanant du cocontractant. Dans l'hypothèse classique du dol émanant du cocontractant, il est indispensable pour que celui-ci soit retenu, que le contractant s'estimant victime démontre que son cocontractant a été l'auteur de manœuvres destinées à le tromper d'une part ; qu'il établisse que ces manœuvres ont provoqué chez lui une erreur déterminante au moment de la délivrance de son consentement d'autre part.

Dès le moment où l'existence de manœuvres frauduleuses est démontrée, il devient beaucoup moins difficile d'établir qu'elles étaient destinées à tromper le cocontractant. Cela devrait également faciliter la démonstration du contractant victime, lorsqu'il s'agira de prouver que la représentation inexacte de la réalité qu'il a eue, du fait de ces manœuvres, a déterminé son consentement.

Les manœuvres frauduleuses dont pourrait être coupable un cocontractant se conçoit assez aisément dans le sens d'actes positifs. Mais il s'est également posé la question de l'effet du silence gardé par un contractant concernant un élément dont il sait l'importance pour son cocontractant, et qui pourrait empêcher ce dernier de contracter s'il en avait connaissance. Cette hypothèse particulière que l'on désigne par le terme de réticence dolosive, a été reconnu comme cause de nullité des contrats par la jurisprudence française ; en particulier par un arrêt de la Cour de Cassation française en date du 15 janvier 1971. Il en ressort notamment que : « Le dol

⁷⁰⁸ Article 38 de la loi du 29 août 1987 : « Le dol est une tromperie provoquée par des manœuvres que l'un des contractants a pratiquées à l'encontre de l'autre pour l'amener à donner son consentement. Il y a dol également lorsque ces manœuvres exercées par un tiers contre l'une des parties ont été connues de l'autre qui en a profité ».

peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »⁷⁰⁹.

Conditions d'admission du dol émanant d'un tiers. Dans l'hypothèse moins commune du dol émanant d'un tiers, il est tout d'abord exigé que les conditions qui viennent d'être énumérées soient réunies. Mais celles-ci doivent être complétées par une nouvelle condition pour qu'il soit possible à la partie victime d'obtenir la nullité de la convention.

En effet, la partie victime doit établir qu'un tiers à la convention a été l'auteur de manœuvres frauduleuses destinées à le tromper ; et que celles-ci ont eu pour effet, de son point de vue, de créer une fausse représentation de la réalité, ayant ensuite déterminé son consentement.

Mais il serait sans doute injuste pour le cocontractant ayant conclu la convention de bonne foi, de subir les conséquences d'actes posés par des tiers si ces éléments étaient suffisants pour que la partie victime puisse obtenir la nullité de la convention passée. Il serait par contre moins contestable que l'acte conclu soit déclaré inefficace dans l'hypothèse où la mauvaise foi du cocontractant, au moment de la rencontre des consentements, serait établie.

C'est la position choisie par le COCC sénégalais et la loi malienne du 29 août 1987. Le dol du tiers n'est admis que si la mauvaise foi du cocontractant de la partie victime, au moment de la conclusion de l'acte, est établie. Cette mauvaise foi est constituée du simple fait de la connaissance des manœuvres dolosives émanant du tiers, au moment de contracter.

Le droit français, par le biais de sa jurisprudence, admet également que les manœuvres dolosives d'un tiers puissent servir de fondement à la nullité d'une convention, à condition que le cocontractant de la partie victime soit de mauvaise foi. La jurisprudence française a pu reconnaître la mauvaise foi du cocontractant, lorsque celui-ci était complice du dol⁷¹⁰ ; soit en l'inspirant, soit en le facilitant.

Dans le cadre du dol, la simple connaissance des manœuvres dolosives n'a, pour l'instant, pas encore été expressément intégré au domaine de la mauvaise foi, par les juges français. Ce qui n'est bien entendu pas un frein à ce que les Etats-Membres de l'OHADA appliquant le Code Civil français dans la version qui était la sienne à la fin des années 1950, s'alignent sur la position du Sénégal et du Mali, en admettant que le cocontractant de la partie victime de dol

⁷⁰⁹ Cour de Cassation française, 3^{ème} Chambre civile, 15 janvier 1971, n° 69-12.180 Bull. civ. III, n° 38.

⁷¹⁰ Cour de Cassation française, Chambre commerciale, 25 mars 1974, n° 73-10.910.

soit considéré comme étant de mauvaise foi, à partir du moment où il avait connaissance de l'existence de manœuvres dolosives émanant d'un tiers, à la conclusion de la convention.

Application aux garanties du crédit du droit OHADA. Ces développements relatifs au dol s'appliquent bien entendu aux garanties du crédit conventionnelles prévues par le droit OHADA. En raison du caractère généralement unilatéral des contrats de garantie, le dol est susceptible d'être invoqué par le garant, afin de rendre inefficace son engagement. Les manœuvres dolosives dont il peut s'estimer victime, émanent principalement du créancier bénéficiaire de la garantie, ou du débiteur de l'obligation couverte lorsque les qualités de garant et de débiteur ne sont pas réunies sur une même tête. La probabilité qu'un tiers à l'opération soit l'auteur de manœuvres frauduleuses aux dépens du garant est plutôt faible.

Dans le cas où le créancier bénéficiaire de la garantie constituée est l'auteur de manœuvres dolosives, celles-ci pourraient être constituées par le fait de communiquer sciemment de mauvaises informations au garant concernant la situation financière du débiteur principal, ou encore concernant l'existence d'autres garanties. Elles pourraient également résulter du silence gardé par le créancier quant à la situation inquiétante du débiteur principal, ignorée du garant. Le silence concernant l'absence de viabilité du projet auquel sont destinés les fonds garantis pourrait aussi être qualifié de manœuvre dolosive.

Bien évidemment, le garant est tenu de démontrer que ces actes, positifs comme négatifs, ont été accomplis dans le but de le tromper. Il lui sera ensuite beaucoup plus aisé de d'établir que ces manœuvres dolosives ont conduit à une mauvaise appréciation de la réalité, déterminante dans son engagement.

Dans le cas où les manœuvres dolosives sont le fait du débiteur de l'obligation dont l'exécution est couverte par une garantie pour autrui, le débiteur principal, qui n'est pas un tiers à l'opération globale de crédit, reste un tiers au contrat de garantie. Le garant souhaitant se fonder sur ces manœuvres pour obtenir la nullité de la garantie constituée devrait, au même titre que s'ils émanaient de tout autre tiers, établir la mauvaise foi du créancier bénéficiaire. Cette mauvaise foi devrait être reconnue s'il est démontré que le créancier avait connaissance, au moment de la constitution de la garantie, des manœuvres dolosives du débiteur principal ; ou plus grave encore, qu'il en était complice.

C- La violence endurée par le constituant

Notion. La violence pourrait se définir comme un « fait de nature à inspirer une crainte telle que la victime donne son consentement à un acte que, sans cela, elle n'aurait pas accepté »⁷¹¹. Lorsqu'un cas de violence est constaté, l'acte juridique qui en est résulté est susceptible d'être considéré comme nul. Les garanties du crédit conventionnelles sont également concernées par les enjeux soulevés par la violence. Ce vice du consentement sera généralement invoqué par le garant, s'obligeant en principe seul à l'occasion de la constitution de la garantie.

Le Code Civil français, dans sa version antérieure à la période des indépendances, avançait une définition de la violence. Son article 1112 indiquait que : « Il y a violence lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et qu'elle peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent. On a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes ».

Une fois de plus, le décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo reprend exactement ce texte en son article 12.

Le COCC sénégalais donne quant à lui, une définition qui se démarque légèrement des deux textes précédents. Il ressort de son article 63 que : « La violence est une cause de nullité lorsqu'elle inspire à un contractant une crainte telle que cette personne donne malgré elle son consentement ».

De son côté, la loi malienne du 29 août 1987, en son article 39, affirme que : « La violence est une contrainte physique ou morale de nature à faire impression sur une personne raisonnable et l'amener à contracter de crainte à exposer sa personne ou ses biens à un mal considérable présent ».

Ces différentes définitions, nous permettent de saisir les éléments déterminants composant le régime de la violence au niveau de la conclusion des conventions.

Violence en tant qu'acte. La violence est tout d'abord un acte. C'est un acte de contrainte exercé contre une partie à un contrat. Elle peut être physique ou morale. Elle peut passer par des menaces d'atteinte à l'intégrité corporelle, ou encore par des menaces d'atteinte à l'intégrité morale.

⁷¹¹ T. DEBARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 25^{ème} édition.

L'acte de violence peut également être pris en compte dans l'appréciation de la régularité de la convention lorsqu'il est exercé sur des proches du contractant, si l'on se réfère à l'ancien article 1113 du Code Civil français⁷¹², et à l'article 13 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo⁷¹³.

Par contre, l'origine de l'acte de violence est indifférente. En effet, qu'il ait été exercé par le cocontractant, ou par un tiers, l'acte de violence entraîne, à des conditions identiques, la nullité de l'engagement. L'ancien Code Civil français applicable à la grande majorité des Etats-Membres de l'OHADA et le décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo l'indiquent expressément aux articles 1111 pour le premier⁷¹⁴, et 11 pour le second⁷¹⁵.

Par ailleurs, certains types d'actes semblent être exclus du domaine de la violence. Ce sont les actes de contrainte dits légitimes. Le COCC sénégalais et la loi malienne du 29 août 1987 prévoient cette exception. Le COCC indique notamment à l'article 64 *in fine* que : « N'est pas considéré comme violence la menace d'user de son droit ». En des termes quasiment identiques, l'article 40 de la loi du 29 août 1987 dispose que : « N'est pas considérée comme violence, la menace d'user légitimement d'un droit ». Le droit français a également intégré une telle exception par le biais de sa jurisprudence. La Cour de Cassation française a, à titre d'illustration, par une décision rendue le 25 février 1879⁷¹⁶, rejeté une demande en nullité d'un cautionnement consenti par une femme qui s'était engagée en faveur du créancier menaçant légitimement son mari de poursuites. Les juridictions des Etats-Membres appliquant le Code Civil français de la fin des années 1950 ne sont pas tenues de suivre cette jurisprudence, mais suivant généralement les interprétations de la Cour de la Cour de Cassation française, l'exception des actes de contrainte légitimes devrait, dans les faits, s'imposer.

⁷¹² Ancien article 1113 du Code Civil français : « La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants ».

⁷¹³ Article 13 du décret du 30 juillet 1888 : « La violence est une cause de nullité du contrat, non seulement lorsqu'elle a été exercée sur la partie contractante, mais encore lorsqu'elle l'a été sur son époux ou sur son épouse, sur ses descendants ou ses ascendants ».

⁷¹⁴ Ancien article 1111 du Code Civil français : « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

⁷¹⁵ Article 11 du décret du 30 juillet 1888 : « La violence exercée contre celui qui a contracté l'obligation est une cause de nullité, encore qu'elle ait été exercée par un tiers autre que celui au profit duquel la convention a été faite ».

⁷¹⁶ Cour de Cassation française, Chambre civile, 25 février 1879, DP 79.1.273 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, n° 245.

Violence en tant que ressenti. La violence est aussi un ressenti. L'acte accompli doit avoir été suffisamment important pour inspirer chez celui qui le subit, une crainte pour sa personne ou pour ses biens, sans laquelle il n'aurait jamais accordé son consentement. Il peut toutefois s'avérer difficile d'apprécier la puissance d'un ressenti. Nous pouvons donc nous demander si l'effet de l'acte de violence exercé sera apprécié *in abstracto* ou *in concreto*⁷¹⁷.

S'il est apprécié *in abstracto*, il sera question de déterminer quel aurait été l'effet de l'acte si on y avait confronté tout individu normalement raisonnable. Par contre, s'il est apprécié *in concreto*, il sera nécessaire de rechercher si effectivement la partie contractante ayant subi l'acte a ressenti une crainte pour sa personne ou pour ses biens.

Il serait en outre possible de choisir une solution intermédiaire, consistant à déterminer quel aurait été l'effet de l'acte de violence sur toute personne normalement raisonnable du même sexe, du même âge, de la même condition que la partie contractante victime.

L'article 1112 de l'ancien Code Civil français, en indiquant à la fois que l'acte de violence devait être « de nature à faire impression sur une personne raisonnable », et qu'il fallait tenir compte de « l'âge », du « sexe » et de « la condition des personnes », semble donner une prime à la troisième hypothèse.

Cependant, la jurisprudence française a fait le choix d'une autre voie. Elle a en effet opté pour une appréciation *in concreto*⁷¹⁸.

Application aux garanties. Concernant l'application de la théorie de la violence aux garanties du crédit conventionnelles, un garant pourrait, s'il subissait des actes de violence illégitimes émanant du créancier bénéficiaire, du débiteur principal, ou de tout autre tiers, obtenir la nullité de son engagement, s'il arrivait à établir que ces actes étaient suffisamment forts pour le contraindre à constituer la garantie consentie.

II- Preuve du consentement du garant

Élément indispensable à la reconnaissance des droits du créancier. Le fait d'avoir obtenu un consentement libre de tout vice de la part du garant ne suffit pas toujours à ce que le créancier

⁷¹⁷ P. MALINVAUD, D. FENOUILLET, M. MEKKI, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^{ème} édition, n°204 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, n° 249.

⁷¹⁸ Cour de Cassation française, Chambre des Requêtes, 17 novembre 1925, S. 1926.1.121 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, n°249.

bénéficiaire soit en mesure de lui opposer les droits découlant de la garantie dont il se prévaut. Il lui est encore nécessaire, lorsque la constitution de la garantie nécessite la production d'un acte solennel, que le consentement ait été recueilli sous une forme particulière exigée par la loi. Et lorsque la constitution de la garantie est dominée par la règle du consensualisme, il est nécessaire au créancier bénéficiaire d'apporter la preuve de la réalité de ses droits.

Enjeu limité de la preuve dans le cadre des garanties du crédit du droit OHADA. La production d'un écrit émanant du garant, et constatant les droits du créancier bénéficiaire, est un moyen efficace d'apporter la preuve de la constitution de la garantie à son profit. Par conséquent, dans les cas où un écrit est exigé à titre de validité de la constitution de la garantie, la question de la preuve ne présente pas de véritable enjeu. C'est notamment le cas en ce qui concerne l'ensemble des garanties réelles conventionnelles envisagées par le droit OHADA.

En effet, qu'il s'agisse de la réserve de propriété⁷¹⁹, de la cession de créances à titre de garantie⁷²⁰, du transfert fiduciaire de somme d'argent⁷²¹, du gage⁷²², du nantissement⁷²³, ou encore de l'hypothèque⁷²⁴, le législateur OHADA impose, à peine de nullité, que la garantie réelle soit convenue par écrit.

Pour ce qui est relatif aux garanties personnelles prévues par le droit OHADA, que sont le cautionnement et la garantie autonome, le législateur ne fait que de la seconde un acte solennel. Il exige notamment, à l'article 41 de l'AUS, que celui-ci soit, à peine de nullité, constaté dans un écrit dans lequel doivent apparaître de nombreuses mentions obligatoires.

Quant au cautionnement, nous avons, à l'occasion de précédents développements, pu indiquer que, le législateur OHADA ne fait pas de l'écrit une condition indispensable à sa validité. Il exige néanmoins la production d'un écrit comportant un certain nombre de mentions, à titre probatoire. Nous avons précédemment envisagé les différentes solutions pouvant être admises dans l'hypothèse où le créancier bénéficiaire du cautionnement ne serait pas en mesure de produire une preuve parfaite⁷²⁵.

⁷¹⁹ Article 73 de l'AUS précité.

⁷²⁰ Article 81 de l'AUS précité.

⁷²¹ Article 88 de l'AUS précité.

⁷²² Article 96 de l'AUS précité.

⁷²³ Articles 127, 141, 147, 157 et 163 de l'AUS précités.

⁷²⁴ Article 205 de l'AUS précité.

⁷²⁵ Voir p. 55.

§2- La capacité et le pouvoir

Plan. Certaines personnes se voient dénuées de la possibilité de délivrer régulièrement leur consentement pour la formation d'une convention. Elles sont par conséquent privées du droit de constituer une garantie du crédit conventionnelle (I). D'autres personnes reçoivent par contre le pouvoir d'engager, par leur consentement, d'autres patrimoines que le leur (II).

I- La capacité du garant

Qualité en principe reconnue à toute personne. En principe, toute personne est admise à contracter. Toutefois, quelques exceptions sont généralement introduites au sein de chaque législation.

Ces règles ressortent notamment du Code Civil français, dans sa version applicable à la majorité des Etats-Membres de l'OHADA. Il est en effet prévu à l'ancien article 1123 du Code Civil français que : « Toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi ».

Le décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo en son article 23, le COCC sénégalais en son article 57, et la loi malienne du 29 août 1987 en son article 48, reprennent exactement le texte de l'ancien article 1123 du Code Civil français.

Exceptions. Nous pouvons ici constater que, seule la loi est susceptible de priver certaines personnes de la capacité de contracter. Les conventions conclues par les personnes dont l'incapacité est affirmée sont susceptibles d'être considérées comme nulles. Il reste cependant à identifier les personnes ainsi privées du droit de contracter.

De manière générale, les personnes dont le droit de contracter est restreint sont : les mineurs, à moins qu'ils n'aient bénéficié d'une décision d'émancipation ; et les majeurs protégés. C'est ce que confirment d'ailleurs l'ancien article 1124 du Code Civil français⁷²⁶ et l'article 51 de la loi malienne du 29 août 1987⁷²⁷.

Mineurs. Concernant les mineurs, les Etats-Membres de l'OHADA ne déterminent pas de manière uniforme, l'âge à partir duquel un individu sort de la période de minorité. D'une part,

⁷²⁶ Ancien article 1124 du Code civil français : « Sont incapables de contracter, dans la mesure définie par la loi : les mineurs non émancipés ; les majeurs protégés au sens de l'article 488 du présent code ».

⁷²⁷ Article 51 de la loi malienne du 29 août 1987 : « Sont incapables de contracter : les mineurs non émancipés ; les majeurs interdits ».

Nous l'avons déjà souligné, le droit des personnes, extérieur au domaine du droit des affaires, n'a fait l'objet d'aucune harmonisation. D'autre part, les Etats-Membres ont fait l'effort d'adopter, en la matière, des règles qui leur sont propres ; même si la proximité avec le droit de leurs anciens colonisateurs reste évidente.

Nous pouvons donc constater une diversité dans la fixation de l'âge de la majorité. Elle est établie soit à 18 ans, soit à 21 ans.

Les Etats-Membres qui n'ont pas procédé à une réforme des règles relatives au droit des personnes et de la famille depuis leur accession à l'indépendance, demeurent soumises, pour les anciennes colonies françaises en particulier, à l'article 388 du Code civil français dans sa version de la fin des années 1950. Celui-ci fixait l'âge de la majorité à 21 ans. Les pays concernés ici sont : le Cameroun, le Niger, et le Tchad.

Tout en ayant adopté, depuis l'époque de leur déclaration d'indépendance, des normes propres en matière de droit des personnes et de la famille, certains Etats-Membres de l'OHADA ont néanmoins conservé l'âge de 21 ans en tant que fin de la minorité. Il s'agit du Burkina-Faso⁷²⁸, de la Côte-d'Ivoire⁷²⁹, du Gabon⁷³⁰ et de la Guinée Conakry⁷³¹.

En ce qui concerne les autres Pays Membres francophones de l'OHADA, l'âge auquel un individu devient majeur est de 18 ans. Rentrent notamment dans cette catégorie : le Bénin⁷³², la Centrafrique⁷³³, les Comores⁷³⁴, le Congo⁷³⁵, la R.D Congo⁷³⁶, le Mali⁷³⁷, le Sénégal⁷³⁸ et le Togo⁷³⁹.

L'irrégularité des conventions passées par les mineurs n'est pas toujours appliquée de manière stricte. En effet, il est communément admis que certains actes de la vie courante, de faible importance, lorsqu'ils sont passés par une personne mineure, soient néanmoins valables⁷⁴⁰.

⁷²⁸ Article 555 du Code des personnes et de la famille burkinabé.

⁷²⁹ Article 488 du Code civil ivoirien.

⁷³⁰ Article 492 du Code civil gabonais.

⁷³¹ Article 339 du Code civil guinéen.

⁷³² Article 459 du Code des personnes et de la famille béninois.

⁷³³ Article 566 du Code de la famille centrafricain.

⁷³⁴ Article 122 du Code de la famille comorien.

⁷³⁵ Article 318 du Code de la famille congolais.

⁷³⁶ Article 3 du code de la famille congolais.

⁷³⁷ Article 609 du Code des personnes et de la famille malien.

⁷³⁸ Article 276 du Code de la famille sénégalais.

⁷³⁹ Article 259 du Code des personnes et de la famille togolais.

⁷⁴⁰ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} édition, n°97.

Il n'en est toutefois pas de même en ce qui concerne les autres types d'actes d'administration, et encore moins lorsqu'il s'agit d'actes de disposition. Dans ces cas le mineur non émancipé ne peut contracter que par le biais de son représentant légal.

Majeurs protégés. Concernant les majeurs protégés, ce sont généralement des personnes soumises à un régime de tutelle, de curatelle, ou de sauvegarde de justice, en raison d'une altération de leurs capacités mentales, ou de leurs capacités physiques au point d'être privées de la possibilité d'exprimer leur volonté. Le choix des mesures de protection à appliquer est fonction du degré d'altération des capacités mentales ou physiques. La limitation de la capacité d'exercice qui résultera des mesures prise sera proportionnelle au degré d'altération constaté.

La mise sous sauvegarde de justice est la plus légère des trois mesures de protection. Elle concerne normalement des personnes pour lesquelles une protection temporaire est nécessaire, ou celles ayant besoin d'être représentés pour effectuer certains actes spécifiques. Ceux qui en font l'objet conservent une capacité d'exercice de principe, et peuvent, sauf exceptions précises, valablement contracter.

La mise sous curatelle est une mesure de protection intermédiaire. Elle est généralement destinée aux personnes pour lesquelles une assistance continue est nécessaire. Elle entraîne une incapacité d'exercice de principe de la personne à laquelle elle s'applique. Les actes que le majeur protégé passe ne sont en principe valables que s'il est assisté par le curateur. Ce dernier ne peut néanmoins agir à sa place. Lorsque le majeur protégé contracte, le curateur appose sa signature aux côtés de la sienne.

La mise sous tutelle est la mesure la plus lourde. Elle est adaptée aux personnes pour lesquelles une représentation continue est nécessaire. Elle a pour effet, l'incapacité de principe du majeur protégé. Pour les actes conclus en son nom, le majeur sous tutelle est représenté par son tuteur.

Le majeur sous tutelle est donc dans la même position que le mineur non émancipé, dans le sens où il ne peut contracter, dans la plupart des cas, que par le biais d'une personne le représentant légalement. C'est notamment le cas lorsqu'il s'agit de passer des actes d'administration importants ou des actes de disposition.

Le pouvoir ainsi donné au représentant légal de passer des actes au nom du mineur ou du majeur sous tutelle, s'accompagne également du devoir d'agir dans l'intérêt de celui-ci.

Application aux garanties du crédit. En tant qu'actes juridiques, les garanties du crédit conventionnelles sont elles aussi concernées par les problématiques relatives aux incapacités.

La constitution d'une garantie est un acte important, engageant une partie ou la totalité du patrimoine du constituant. Si le majeur placé sous sauvegarde de justice devrait pouvoir, sauf exception expressément envisagée, conclure seul un acte par lequel il consent une garantie, le majeur sous curatelle doit être assisté de son curateur. Le majeur sous tutelle et le mineur non émancipé doivent, quant à eux, être représentés.

Conditions de régularité des actes passés par le représentant légal. La validité de l'acte par lequel un représentant légal consent à un créancier une garantie du crédit, au nom d'un majeur sous tutelle ou d'un mineur non émancipé est par ailleurs incertaine. Il faut en effet tenir compte du fait que, la constitution d'une telle garantie devrait normalement être conforme aux intérêts de celui au nom duquel elle est effectuée.

Remarquons que la question de la validité des garanties souscrites par le représentant, tuteur ou administrateur légal, d'un incapable ne s'est pas encore posée à la CCJA. La réponse qui pourrait y être apportée ne devrait pas être identique selon que la garantie accordée aura été constituée afin de couvrir l'exécution d'obligations dont l'incapable est débiteur, ou qu'elle aura été constituée dans le but de couvrir l'exécution d'obligations contractées par des tiers.

Dans la première hypothèse, les garanties constituées devraient répondre à l'exigence de conformité aux intérêts du majeur sous tutelle ou du mineur, puisqu'ils devraient normalement lui permettre de bénéficier d'un crédit. A moins que l'opération de crédit dans sa globalité ne soit contraire aux intérêts de l'incapable

Dans la seconde hypothèse, concernant les garanties personnelles et les garanties réelles pour autrui, la conformité aux intérêts de l'incapable est beaucoup plus douteuse. La régularité de tels actes devrait, sauf cas exceptionnels, pouvoir être contestée.

Le droit français pourrait davantage nous éclairer quant à la solution à apporter à une telle problématique. Les pistes qui s'y dévoilent se rapportent de manière générale aux garanties pour autrui.

Avant que le législateur français ne vienne préciser, à l'article 509 du Code civil, le sort réservé aux garanties personnelles et réelles pour autrui consenties au nom d'un mineur non émancipé ou d'un majeur sous tutelle, la jurisprudence française s'est prononcée pour leur validité, dès

lors qu'ils ont, au préalable, fait l'objet d'une autorisation émanant du juge des tutelles, et sont conformes à l'intérêt de l'incapable⁷⁴¹.

La loi du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, est venue durcir cette position. Il ressort désormais de la lecture de l'article 509 du Code civil français le principe selon lequel, la garantie personnelle ou réelle constituée à titre gratuit par le représentant légal, même avec autorisation, au nom du mineur ou du majeur sous tutelle, afin de couvrir l'exécution d'une obligation contractée par un tiers, est nulle.

Appliquée au droit OHADA, cette solution ne tiendrait pas compte des cas, certes exceptionnels, dans lesquels la garantie constituée permettrait d'obtenir un crédit destiné à une opération qui serait indirectement avantageuse pour le mineur ou le majeur protégé.

Afin de rester dans l'esprit qui a entouré la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, caractérisé par la volonté du législateur OHADA de limiter les sources d'inefficacité des garanties en vue d'améliorer le sort des créanciers, nous pourrions atténuer cette position.

Nous pourrions tout d'abord admettre le principe de la validité des garanties personnelles et réelles pour autrui, constituées à titre onéreux par les représentants légaux des mineurs et majeurs sous tutelle au nom de ceux-ci. A contrario, les garanties pour autrui constituées à titre gratuit seraient nulles, à moins qu'il ne soit établi que l'acte a été accompli dans l'intérêt de l'incapable.

II- Le pouvoir conventionnel d'engager le garant

Domaine. Toute personne souhaitant s'engager dans le cadre d'une convention, a en principe la possibilité de se faire représenter pour la préparation comme pour la conclusion de l'acte. L'outil juridique classiquement utilisé à cet égard est le mandat.

Ce dernier pourrait se définir comme un contrat de représentation par lequel une personne, le mandant, donne pouvoir à un autre, le mandataire, de conclure en son nom et pour son compte un ou plusieurs actes juridiques avec un tiers⁷⁴².

⁷⁴¹ Cour de Cassation française, 1^{ère} Chambre civile, 2 décembre 1997, n° 95-20.198 : « Attendu que l'administrateur légal peut, avec l'autorisation du juge des tutelles, faire des actes de disposition et, notamment grever des droits réels sur les immeubles du mineur lorsque ces actes sont conformes à l'intérêt de celui-ci ».

⁷⁴² R. CABRILLAC, *Le dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2017.

Les garanties du crédit conventionnelles ne sont pas écartées du domaine dans lequel l'utilisation du mandat est admise. Un garant, personnel comme réel, pourrait ainsi se faire représenter en établissant un mandat pour la constitution d'une garantie qu'il souhaiterait accorder à un créancier.

Nature du mandat. De manière générale, le mandat peut être délivré pour l'accomplissement d'actes d'administration ou d'actes de disposition. Un mandat général est normalement suffisant lorsqu'il s'agit d'accomplir un acte d'administration. Mais pour ce qui est des actes de disposition, l'exigence d'un mandat spécial se pose.

Il y a assez peu de difficulté à admettre le fait que les garanties réelles soient des actes de disposition, en raison notamment de la transmission au créancier bénéficiaire, de droits réels sur le bien faisant l'objet de la garantie. Ainsi, le mandat établi par le garant, pour la constitution d'une garantie réelle, ne pourrait qu'être spécial.

Il s'avère un peu moins aisé de classer les garanties personnelles. En effet, celles-ci se démarquent des actes d'administration en ce qu'elles ne relèvent pas véritablement de la gestion ordinaire d'un bien ou d'un patrimoine. D'autre part, elles se distinguent des actes de disposition classiques en ce qu'elles n'ont pas pour effet la transmission de droits réels d'un patrimoine à un autre.

Nous pouvons toutefois noter que certains actes sont, en raison de leur importance, sans pour autant donner lieu à un transfert de droits réels, souvent considérés comme des actes de disposition. C'est particulièrement le cas pour ce qui est de la souscription d'un emprunt. Il s'agit là d'un acte considéré comme grave, en ce qu'il met en danger l'ensemble du patrimoine du débiteur dans l'hypothèse où celui-ci serait défaillant.

Un raisonnement similaire pourrait être appliqué aux actes de garantie personnelle. Ici c'est la défaillance du débiteur principal, un tiers, qui pourrait mettre en danger le patrimoine du garant. N'étant indubitablement pas des actes ordinaires, la rigueur avec laquelle on appréhende les garanties personnelles devrait être supérieure à celle à laquelle sont soumis les actes d'administration.

Par conséquent, seul un mandat spécial pourrait valablement donner à un tiers, le pouvoir conventionnel de constituer une garantie personnelle au nom d'une autre personne.

Qu'il s'agisse donc des garanties personnelles ou des garanties réelles, l'acte de constitution devra, pour être valable, scrupuleusement se conformer aux directives précisées par le garant dans le mandat.

Forme du mandat. Le mandat de constituer une garantie interroge également quant à la forme sous laquelle l'acte doit se manifester.

Les garanties du crédit sont dans leur ensemble soumis à la rédaction d'un écrit contenant un certain nombre de mentions obligatoires. Cet écrit est exigé à titre de validité pour chaque garantie constituée ; exception faite du cautionnement, pour lequel l'écrit n'est requis qu'à titre probatoire.

L'exigence d'un écrit, en particulier l'obligation de faire apparaître un certain nombre de mentions dans un acte de garantie, a généralement pour intérêt d'assurer une meilleure protection de celui qui s'engage. Il semble indispensable que cette protection demeure garantie lorsque le garant se fait représenter pour la constitution de sa garantie. Il serait par conséquent nécessaire que soit observé un certain parallélisme des formes au moment d'établir le mandat. Cette règle impliquerait que l'acte de mandat soit soumis aux mêmes obligations formelles que l'acte de garantie.

La règle du parallélisme des formes a déjà été introduite par le législateur OHADA au sein des règles applicables aux garanties du crédit. Il l'a en particulier expressément admis concernant le mandat de constituer une hypothèque.

Nous avons préalablement souligné que l'hypothèque devait être consentie, à titre de validité, soit sous la forme notariée, soit selon un modèle d'acte sous seing privé agréé par la conservation de la propriété foncière, en fonction de la loi applicable dans l'Etat-Membre où se situe l'immeuble faisant l'objet de la garantie.

Lorsque le garant donne mandat à un tiers pour la constitution d'une hypothèque sous la forme notariée, la régularité du mandat impose que l'acte de mandat soit également établi sous la forme notariée. C'est notamment ce qu'indique, en son dernier alinéa, l'article 205 de l'AUS. Celui-ci dispose que : « La procuration donnée à un tiers pour constituer une hypothèque en la forme notariée doit être établie en la même forme ».

La même règle devrait assez aisément être étendue à l'ensemble des garanties du crédit du droit OHADA pour lesquelles un écrit est requis à titre de validité ; c'est-à-dire toutes, à l'exception du cautionnement.

Le cautionnement est, si l'on se réfère à l'article 14 de l'AUS, un acte consensuel. L'écrit exigé et les mentions qui doivent apparaître dans l'acte par lequel la garantie est accordée, ont une valeur probatoire. Il n'en demeure pas moins que ces mentions jouent un rôle de protection de celui qui s'engage. Il serait possible de garantir son effectivité dans le cadre d'un mandat de se rendre caution, en imposant qu'à titre probatoire, l'acte de mandat soit dressé par écrit, et respecte les prescriptions de l'article 14 de l'AUS.

§3- L'objet

Détermination de l'objet. L'objet peut, en matière contractuelle, recouvrir deux champs différents. C'est une notion qui peut renvoyer soit à l'objet du contrat, soit à l'objet de l'obligation. Dans le premier cas, l'objet concerne l'opération juridique voulue par les parties. Dans le second cas, il se rapporte à la prestation que sont tenues de fournir chacune des parties engagées.

Cette distinction ne ressort pas directement des textes relatifs à l'objet, prévus par l'ancien Code civil français applicable à la fin des années 1950. L'objet y est surtout abordé dans le sens des prestations fournies par les parties. L'ancien article 1126 du Code civil français indiquait notamment que : « Tout contrat a pour objet une chose qu'une partie s'oblige à donner, ou qu'une partie s'oblige à faire ou à ne pas faire ».

Sans surprise, le décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo reproduit exactement ce texte en son article 25.

Le COCC sénégalais opère la distinction entre l'objet du contrat et l'objet des obligations au niveau des intitulés qu'il attribue aux articles 73 et 74, sans pour autant qu'il soit aisé de percevoir cette distinction dans les textes.

La loi malienne du 29 août 1987 fait preuve de beaucoup plus de clarté dans sa distinction. Elle définit l'objet du contrat à l'article 53 comme étant « l'opération juridique envisagée par les parties dans les limites apportées à la liberté contractuelle ». Et l'objet de l'obligation, selon l'article 54, s'entend de « la prestation promise par les parties ».

Appliquée aux garanties du crédit, la distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation renverrait, pour le premier à l'opération de garantie ; pour le second essentiellement aux prestations dues par les garants ; les garanties conventionnelles étant généralement des contrats unilatéraux. La nature de ces prestations dépend de la garantie constituée. Concernant le

cautionnement, il s'agit du paiement de la dette même du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci. Quant à la garantie autonome et à la contre-garantie autonome, elle est représentée par le paiement d'une somme déterminée en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur principal. Pour ce qui est des garanties réelles, elle se matérialise par la constitution de droits réels sur un élément du patrimoine du garant, au profit du créancier.

Conditions liées à l'objet. La régularité d'un contrat est liée au respect de certaines conditions liées à l'objet. Celles-ci concernent principalement l'objet de l'obligation.

Il est tout d'abord exigé que l'objet soit déterminé ou du moins déterminable. Cette condition est prévue par l'ancien 1129 du Code civil⁷⁴³, dans sa version applicable à la majorité des Etats-Membres de l'OHADA. Elle est également prévue à l'article 28 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo⁷⁴⁴ ; au second alinéa de l'article 74 du COCC sénégalais⁷⁴⁵ ; ainsi qu'au troisième alinéa de l'article 54 de la loi malienne du 29 août 1987⁷⁴⁶.

L'application de cette condition aux garanties du crédit ayant été abordée de manière précise dans le cadre de l'analyse des règles propres à chaque garantie, il ne serait pas utile d'effectuer ici plus de développements.

Il est ensuite requis que l'objet soit licite ; dans le sens de la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Nous pouvons identifier cette exigence à l'ancien article 1128 du Code civil français⁷⁴⁷, à l'article 27 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo⁷⁴⁸, ou encore au second alinéa de l'article 54 de la loi malienne du 29 août 1987⁷⁴⁹.

⁷⁴³ Ancien article 1129 du Code civil français : « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

⁷⁴⁴ Article 28 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo : « Il faut qu'une obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être incertaine ».

⁷⁴⁵ Article 74 du COCC sénégalais : « La prestation promise doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et à sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures ».

⁷⁴⁶ Article 54 de la loi malienne du 29 août 1987 : « L'objet de l'obligation est la prestation promise par les parties. La prestation doit être possible et porter sur des choses qui sont dans le commerce. Elle doit être déterminée ou déterminable quant à son espèce et sa quotité. Elle peut porter sur des choses futures ».

⁷⁴⁷ Ancien article 1128 du Code civil français : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ».

⁷⁴⁸ Article 27 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet de conventions ».

⁷⁴⁹ Article 54 de la loi malienne du 29 août 1888

Les garanties personnelles ayant pour objet le paiement d'une somme d'argent ; la créance due par le débiteur principal pour le cautionnement, et une somme déterminée pour la garantie autonome ; la question de la licéité de l'obligation pourrait difficilement les concerner.

Les garanties réelles devraient par contre être touchées. Il faut cependant noter que, le domaine de l'ordre public et des bonnes mœurs est généralement fonction de la société dans laquelle on se trouve. Quelques disparités plus ou moins importantes entre les différents Etats-Membres de l'OHADA sont donc à envisager.

§4- La cause

Notion. La notion de cause peut s'entendre dans un sens dit objectif, ou dans un sens dit subjectif.

La cause, dans son sens objectif renvoie à « la contrepartie en considération de laquelle une obligation est souscrite »⁷⁵⁰. Elle est, pour cette raison, également désignée ici sous le terme de cause de l'obligation.

Dans son sens subjectif, la cause permet de remonter aux motifs qui ont poussé les parties à contracter. Ce qui justifie qu'elle soit de ce point de vue, également appelée cause du contrat.

Enjeu. La cause est un élément déterminant pour la validité des contrats passés dans les Pays Membres de l'OHADA. En effet, l'article 1131 du Code civil français applicable à la fin des années 1950, pose le principe selon lequel : « l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet ». Un texte identique a été inséré dans le décret du 30 juillet 1888 applicable en R.D Congo ; plus particulièrement à l'article 30.

Le COCC sénégalais et la loi malienne du 29 août 1987 opèrent clairement la distinction entre la cause objective et la cause subjective, et sanctionnent par la nullité, l'absence de la première d'une part^{751 752}, et l'illicéité ou l'immoralité de la seconde d'autre part^{753 754}.

⁷⁵⁰ D. LEGAIS, *Droit des sûretés et garanties du crédit*, Lextenso, 10^{ème} édition, n° 145.

⁷⁵¹ Article 77 alinéa 1^{er} du COCC sénégalais : « L'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable ».

⁷⁵² Article 57 alinéa 1^{er} de la loi malienne du 29 août 1987 : « L'absence de cause pour l'une des obligations nées du contrat rend celui-ci annulable ».

⁷⁵³ Article 76 alinéa 1^{er} du COCC sénégalais : « Le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant de la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

⁷⁵⁴ Article 56 alinéa 1^{er} de la loi malienne du 29 août 1987 : « Le contrat est nul pour cause immorale ou illicite lorsque le motif déterminant la volonté des parties est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs ».

Application aux garanties du crédit. Les garanties du crédit étant généralement des contrats unilatéraux, il n'est pas aisé d'identifier leur cause objective. En Droit français, la jurisprudence a pu reconnaître dans l'exécution de l'obligation promise par le créancier au débiteur principal, la cause du cautionnement⁷⁵⁵. Cette solution pourrait opportunément être appliquée en droit OHADA, en l'étendant à l'ensemble des garanties du crédit.

Dans l'hypothèse rare où la prestation promise par le créancier au débiteur principal serait fautive ou inexistante, le garant pourra obtenir la nullité de la garantie.

La cause subjective de la garantie constituée se doit d'être licite, conforme à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Lorsqu'une cause subjective est de moralité ou de licéité douteuse, elle est généralement dissimulée. Le garant, à qui il appartient d'apporter la preuve de l'illicéité de la cause, pourra difficilement être en mesure d'obtenir la nullité de son engagement sur la base de ce fondement.

SECTION II : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES BIENS

Définition. La notion de droit des biens renvoie à l'ensemble des règles relatives aux « pouvoirs directs que les personnes exercent sur les biens », aux « rapports entre les biens », et aux « relations entre les personnes prises en leur qualité de titulaire d'un droit réel »⁷⁵⁶.

Normes découlant du droit interne. Le droit des biens est une matière de droit privé intimement liée au droit des garanties du crédit ; de manière évidente lorsqu'on envisage les garanties réelles, mais également de manière importante lorsqu'on s'intéresse aux garanties personnelles. Cependant, le droit des biens n'a pas été inclus dans le champ d'intervention de l'OHADA, et ne fait par conséquent l'objet d'aucune harmonisation.

⁷⁵⁵ Cour de Cassation française, Chambre commerciale, 8 novembre 1972, n° 71-11879 : « Mais attendu que, loin de confondre cause et objet du contrat, la Cour d'Appel a retenu exactement que la cause de l'obligation de X... était la considération de l'obligation prise corrélativement par la Société Générale à savoir l'ouverture de crédit à la société X ».

⁷⁵⁶ C. GRIMALDI, *Droit des biens*, LGDJ, 1^{ère} édition, 2016, n° 1.

La détermination de l'efficacité des garanties du crédit du droit OHADA, au regard des normes relatives au droit des biens, passe par l'identification et l'analyse de ces dernières, telles qu'elles ont été prévues au sein de chaque Etat-Membre. Nous constaterons qu'en la matière, les règles portant particulièrement sur les biens meubles ont fait l'objet d'un intérêt bien moins important au sein des Etats-Membres de l'OHADA (§1), que celles qui concernent les biens immeubles (§2).

§1- Efficacité des garanties du crédit et droit relatif aux biens mobiliers

Qualité de propriétaire du constituant ou du débiteur. Autant il est indispensable, ainsi que nous l'avons précédemment précisé, qu'à l'occasion de la réalisation forcée des garanties personnelles, les biens faisant l'objet d'une saisie de la part du créancier appartiennent au garant, autant il est nécessaire pour la régularité de la constitution des garanties réelles, que le constituant soit titulaire d'un droit de propriété sur le bien objet de la garantie au moment où il délivre son consentement ; exception faite des garanties portant sur des biens futurs.

En effet, qu'il s'agisse du droit de rétention, du gage, du nantissement, ou encore du transfert de propriété à titre de garantie, le droit OHADA affirme la nécessité de s'assurer de cette qualité de propriétaire du débiteur ou du constituant. Seule échappe à cette exigence la réserve de propriété ; mécanisme de garantie par lequel le créancier est le titulaire du titre de propriété portant sur le bien objet de la garantie antérieurement à l'opération de crédit.

Cependant, il serait difficile pour un créancier de s'assurer de manière absolue de la régularité de l'acquisition des droits relatifs à la propriété dont le débiteur ou le garant se prévaut sur le bien mobilier devant faire l'objet de la garantie, en raison particulièrement de la nature de ce type de bien.

Conditions d'acquisition du droit de propriété. La propriété d'un bien peut s'acquérir de différentes manières au sein des Etats-Membres de l'OHADA, si nous nous référons aux règles de droit prévues par les législateurs nationaux. Ces règles sont pour la totalité des quatorze Etats-Membres ayant connu la colonisation française, celles découlant du Code civil français, dans sa version applicable à la fin des années 1950. L'autre Etat-Membre francophone qu'est la R.D Congo, reprend quant à lui, au sein de sa législation, les textes du droit français.

Ainsi, nous pouvons retenir que les modes d'acquisition de la propriété au sein des Etats-Membres francophones de l'OHADA sont énumérés aux articles 711⁷⁵⁷ et 712⁷⁵⁸ du Code civil français, demeurés identiques ; repris respectivement aux articles 49 et 51 de la loi congolaise du 20 juillet 1973. Ce sont notamment : la succession ; la donation ; l'effet des obligations ; l'accession ; l'incorporation ; la prescription.

A ces différents modes d'acquisition, le droit congolais ajoute également le travail de l'esprit, le travail artisanal et le travail industriel⁷⁵⁹.

Incertitudes affectant la régularité des droits de propriété portant sur les biens mobiliers.

Les actes ayant pour objet les droits associés aux biens mobiliers ne faisant en général pas l'objet de publicité, il est difficile pour les tiers d'avoir la garantie que la personne qui se prétend propriétaire a régulièrement acquis ses droits, ou en est toujours titulaire au moment où ils s'engagent avec lui.

Afin de palier à une telle incertitude, le législateur pose une présomption au profit des tiers. L'ancien article 2279 du Code civil, encore applicable aux quatorze Etats-Membres ayant connu la colonisation française, prévoyait que : « En matière de meubles, la possession vaut titre ». Le décret du 30 juillet 1888 applicable à l'ancienne colonie belge qu'est la R.D Congo reproduit à l'identique ce texte en son article 658. Le principe ainsi posé implique qu'est légitimement considéré comme propriétaire par les tiers, la personne ayant la possession d'un bien mobilier.

Il reste donc à déterminer les conditions de qualification de ladite possession. Celles-ci apparaissent à l'ancien article 2228 du Code civil français qui disposait : « La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom »⁷⁶⁰.

Le législateur permet donc aux tiers de s'engager en toute confiance avec celui qui dispose en apparence des droits de propriété sur le bien mobilier faisant l'objet de leur engagement. S'appliquant aux garanties du crédit, le créancier bénéficiaire d'une garantie réelle est assuré

⁷⁵⁷ Article 711 du Code civil français : « La propriété des biens s'acquiert et se transmet par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations ».

⁷⁵⁸ Article 712 du Code civil français : « La propriété s'acquiert aussi par accession ou incorporation, et par prescription ».

⁷⁵⁹ Article 50 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « La propriété s'acquiert aussi par le travail de l'esprit, le travail artisanal et le travail industriel ».

⁷⁶⁰ L'article 622 du décret du 30 juillet 1888 applicable en R. D Congo reprend le texte de l'ancien article 2228 du Code civil français.

de la régularité de la constitution de ses droits sur le bien mobilier qui en fait l'objet dès lors que le constituant à l'apparence du propriétaire.

Il est toutefois nécessaire que le créancier bénéficiaire de la garantie ait été de bonne foi au moment de la conclusion de l'acte de garantie. Cette bonne foi est caractérisée lorsque le créancier bénéficiaire ignorait au moment de la constitution de la garantie, toute éventuelle absence de droit du débiteur ou du constituant sur le bien meuble objet de la garantie. Néanmoins, à l'avantage du créancier bénéficiaire, la bonne foi est ici présumée.

§2- Efficacité des garanties et droit relatif aux biens immobiliers

La publicité : outil de sécurisation des droits immobiliers. A la différence des actes portant les biens mobiliers, les actes relatifs aux droits immobiliers font généralement l'objet d'une publication. Les tiers peuvent donc difficilement s'appuyer sur l'apparence lorsque celle-ci ne correspond pas aux informations publiées en rapport avec le bien immobilier. Le possesseur ne peut ici être légitimement considéré par les tiers comme propriétaire, que dans l'hypothèse où les informations publiées sont elles-mêmes erronées, en raison notamment de l'apparente régularité du titre détenu par le possesseur. La sécurité juridique assurée par la publication des droits portant sur les biens immobiliers est un élément favorable à l'efficacité des garanties réelles immobilières.

Cependant, l'histoire coloniale des Etats-Membres de l'OHADA a conduit à une désorganisation complète de leur droit foncier. Les solutions adoptées par ces Etats sont celles de la mise en place d'une forme de dualisme juridique (I). L'effectivité limitée des solutions ainsi établies impacte l'efficacité des garanties personnelles et des garanties réelles immobilières (II).

I- Le dualisme du droit foncier dans l'espace OHADA

Crise du droit foncier dans l'espace OHADA. Les Pays Membres de l'OHADA sont en proie à une profonde crise de leur droit foncier. Celles-ci trouvent assurément leur source dans ce qu'on pourrait qualifier de hold-up légitimé s'étant produit à l'occasion de la colonisation (A). Dans la période postérieure aux déclarations d'indépendance des Etats aujourd'hui membres de l'OHADA, les règles de droit foncier adoptées ont visé à concilier le droit imposé par la

puissance colonisatrice avec les réalités locales (B). Mais force est de constater que l'application de ces textes est encore très loin de représenter un succès (C).

A- Origines de la crise du droit foncier

Prédominance antérieure de la propriété collective. Il semble utile de rappeler ici, qu'avant que les peuples africains ne subissent la colonisation, le regard qu'ils portaient principalement sur la terre était celui d'un bien collectif appartenant à la fois aux ancêtres, aux individus présents et aux descendants à venir⁷⁶¹. Cette conception était donc assez éloignée de l'approche occidentale visant à une appropriation individuelle exclusive de la terre.

Cette conception collectiviste du bien qu'est la terre impliquait que les différentes ressources qui en étaient tirées pouvaient bénéficier à chaque membre de la collectivité. Toutefois, cette conception collectiviste n'excluait pas que des parcelles de terre soient exploitées de manière individuelle. Seule restait écartée toute possibilité de cession de droits exclusifs.

Soumission à la conception individualiste de la propriété foncière. Les puissances occidentales, une fois qu'elles parvenaient à vaincre les royaumes et empires s'opposant à elles, s'approprièrent les territoires que ceux-ci contrôlaient.

S'appuyant sur l'ancien article 539 du Code civil français, l'Etat français s'est déclaré propriétaire de la quasi-totalité des terres africaines se situant au sein de son périmètre de domination, les intégrant dans son domaine public. Il était en effet prévu par ce texte que : « Tous les biens vacants et sans maîtres, et ceux des personnes qui décèdent sans héritier, ou dont les successions sont abandonnées, appartiennent au domaine public ».

Ignorant la vision collectiviste de la propriété des terres en vigueur, laissant peu de place au concept de terres vacantes et sans maître⁷⁶², l'Etat français a juridiquement privé les différentes collectivités humaines locales présentes de la quasi-totalité de leurs terres. Cette accapuration générale facilitait le transfert aux sociétés privées coloniales, de droits d'exploitation portant sur les nombreuses ressources dont recélaient les territoires sous domination.

⁷⁶¹ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée, Droit OHADA*, Editions CREDIJ, 2011, n° 399.

⁷⁶² R. VERDIER, *L'ancien et le nouveau droit foncier de l'Afrique*, in *Le droit et la terre en Afrique et au sud du Sahara*, Ed. G.P. Maisonneuve et Larose, 1971 : « Aucune terre n'était sans maître. Il fallait tenir compte de la rotation des cultures, de l'usage intermittent des pâturages ; le coin le plus reculé de la brousse était sous la juridiction d'un chef ».

Par la suite, l'Etat français a accentué son œuvre de désappropriation au détriment des collectivités humaines présentes sur les territoires colonisés. Il a choisi de mettre en œuvre le système dit Torrens, consistant en l'enregistrement des droits réels dont toute personne se prétend titulaire comme condition indispensable à leur opposabilité aux tiers⁷⁶³. De cette manière, il n'y avait plus seulement les terres dites sans maître qui rentraient dans le domaine public de l'Etat français, mais toutes les terres n'ayant pas fait l'objet d'une immatriculation. Lorsque nous savons que seules les sociétés privées coloniales avaient le souci de suivre une procédure d'immatriculation, nous comprenons que toutes les terres, même celles sur lesquelles avaient été construites des immeubles d'habitation, ou qui étaient dévolues à une exploitation agricole, ont été intégrées au domaine public de l'Etat français.

B- La difficile conciliation du droit écrit et du droit coutumier

Maintien de la conception coloniale de la propriété foncière. Lorsque les territoires colonisés proclamèrent leur indépendance, plutôt que d'adopter des règles de droit organisant un régime foncier en conformité avec leur culture, ils conservèrent dans un premier temps l'armature juridique laissée par les anciens colonisateurs. Toutefois, pour la plupart de ces jeunes Etats, une volonté de prendre en compte le contexte local s'est postérieurement manifestée à travers l'adoption d'un certain nombre de réformes. Dans la plupart des cas, a été instituée une forme de cohabitation entre le droit dit écrit et le droit dit coutumier. Il en est résulté un véritable dualisme juridique.

Si nous analysons le droit foncier des Etats-Membres de l'OHADA tel qu'il se présente aujourd'hui, nous constatons qu'ils ont en commun le fait que l'Etat soit propriétaire de la quasi-totalité, si ce n'est de la totalité des terres comprises dans les limites des territoires qu'ils administrent. Nous pourrions classer les législations de ces Etats en trois grandes catégories : celles qui ne reconnaissent pas de droit de propriété aux personnes physiques et morales de droit privé (1) ; celles qui ne leur reconnaissent un droit de propriété qu'au titre du droit écrit (2) ; et celles qui leur reconnaissent un droit de propriété à la fois au titre du droit écrit et au titre du droit coutumier(3).

⁷⁶³ J. DJOGBENOU, *L'exécution forcée, Droit OHADA*, Editions CREDIJ, 2011, n° 411.

1- L'exclusion de la propriété foncière privée

Situation particulière à la R.D. Congo. De l'ensemble des Etats-Membres de l'OHADA francophones, la R.D Congo est le seul à exclure toute propriété foncière privée. En effet, toutes les terres, sans exception, y sont la propriété exclusive de l'Etat. Le droit foncier y est régi par une loi du 20 juillet 1973. Celui-ci, en son article 53, affirme précisément que : « Le sol est la propriété exclusive, inaliénable et imprescriptible de l'Etat ».

Les terres situées sur le territoire de la R.D Congo sont intégrées soit dans le domaine foncier public, soit dans le domaine foncier privé de l'Etat. Le domaine foncier public est constitué de terres « affectées à un usage ou à un service publics »⁷⁶⁴. Quant au domaine foncier privé, il englobe toutes les terres qui ne rentrent pas dans le domaine foncier public⁷⁶⁵.

Modalités de mise à disposition des terres au profit des personnes privées. Seuls les biens entrant dans le domaine foncier privé de l'Etat sont susceptibles d'être mis à la disposition des personnes privées. Cette mise à disposition se fait normalement par le biais de la concession. L'article 57 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 prévoit en effet que : « Les terres du domaine privé de l'Etat peuvent faire l'objet d'une concession perpétuelle, d'une concession ordinaire ou d'une servitude foncière ». Tandis que le second alinéa de l'article 55 de la même loi affirme à propos des terres comprises dans le domaine public de l'Etat, qu'elles sont « inconcessibles ».

Droit de concession. La concession est entendue comme étant un droit de jouissance accordé, à titre gratuit ou onéreux, par l'Etat à une collectivité, à une personne physique ou privée, sur une portion de son domaine foncier privé⁷⁶⁶. Elle peut être dite perpétuelle ou ordinaire.

La concession perpétuelle permet de « jouir indéfiniment de son fonds aussi longtemps que sont remplies les conditions de fond et de forme prévues par la loi »⁷⁶⁷. Elle permet à son titulaire de bénéficier de la pleine jouissance du fonds, et de devenir propriétaire de tout ce qui

⁷⁶⁴ Article 55 alinéa 1^{er} de la loi congolaise du 20 juillet 1973.

⁷⁶⁵ Article 56 de la loi congolaise du 20 juillet 1973.

⁷⁶⁶ Article 61 alinéa 1^{er} de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Aux termes de la présente loi, la concession est le contrat par lequel l'Etat reconnaît à une collectivité, à une personne physique ou à une personne morale de droit privé ou public, un droit de jouissance sur un fonds aux conditions et modalités prévues par la présente loi et ses mesures d'exécution ».

⁷⁶⁷ Article 80 de la loi congolaise du 20 juillet 1973.

s'incorpore à la terre sur laquelle portent ses droits⁷⁶⁸. Celui-ci a en outre la possibilité de « transmettre, louer, hypothéquer son droit et le grever de servitudes »⁷⁶⁹.

La concession ordinaire est un droit de jouissance limité. Elle est accordée soit sous la forme d'une emphytéose, soit sous la forme d'un droit de superficie, d'un usufruit, d'un droit d'usage, ou encore d'une location⁷⁷⁰. Elle est consentie par l'Etat pour une durée déterminée, qui ne peut être supérieure à vingt-cinq ans⁷⁷¹.

Ce droit de jouissance peut faire l'objet de transactions entre personnes privées. A ce sujet, la loi congolaise du 20 juillet 1973 prévoit que : « En cas de cession du droit de concession, les obligations du concessionnaire originaire sont imposées au nouvel acquéreur »⁷⁷².

Droit de jouissance collectif. Il est également nécessaire de noter qu'en R.D Congo, la concession n'est pas l'unique moyen de bénéficier d'un droit de jouissance sur le domaine foncier privé de l'Etat. En effet, la loi du 20 juillet 1973 reconnaît de manière générale aux communautés locales, un droit de jouissance collectif antérieurement acquis⁷⁷³, sur les terres sur lesquelles elles exercent historiquement leur influence ; soit qu'elles y habitent, soit qu'elles les cultivent, ou qu'elles les exploitent de toute autre manière⁷⁷⁴.

Le droit de jouissance ainsi reconnu aux communautés locales pourrait potentiellement être exercé dans les zones rurales. A l'intérieur des centres urbains, il est d'une part difficile de voir des communautés humaines homogènes appliquant des mêmes règles coutumières communes ; et d'autre part, l'Etat exerce plus activement les prérogatives découlant de sa qualité de propriétaire des terres, en accordant des concessions aux tiers.

Les droits accordés par l'Etat par le biais de la concession ne peuvent être efficaces qu'à la condition que le bénéficiaire procède à leur inscription. Il est en effet prévu au premier alinéa

⁷⁶⁸ Article 96 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Le titulaire de la concession perpétuelle a la pleine jouissance du fonds. Il est propriétaire de tout ce qui s'y incorpore aussi longtemps que dure son droit de jouissance sur le fonds ».

⁷⁶⁹ Article 99 de la loi congolaise du 20 juillet 1973.

⁷⁷⁰ Article 109 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Les concessions ordinaires sont : l'emphytéose, la superficie, l'usufruit, l'usage et la location ».

⁷⁷¹ Article 70 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Sans préjudice des dispositions relatives à la concession perpétuelle, les concessions ne sont consenties que pour un terme maximum de vingt-cinq ans, renouvelable dans les conditions spécifiques à chaque droit ».

⁷⁷² Article 58 alinéa 3 de la loi congolaise du 20 juillet 1973.

⁷⁷³ Article 389 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Les droits de jouissance régulièrement acquis sur ces terres seront réglés par une ordonnance du président de la République ».

⁷⁷⁴ Article 388 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Les terres occupées par les communautés locales sont celles que ces communautés habitent, cultivent ou exploitent d'une manière quelconque – individuelle ou collective – conformément aux coutumes et usages locaux ».

de la loi du 20 juillet 1973 que : « Le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un certificat d'enregistrement du titre concédé par l'Etat ».

De même, les biens immobiliers incorporés au fonds ne rentrent dans le patrimoine du bénéficiaire de la concession que par leur inscription sur le certificat d'enregistrement de la concession, ou après l'établissement d'un certificat d'enregistrement distinct⁷⁷⁵.

Il en est de même du point de vue de l'efficacité des actes transmettant la propriété des biens immobiliers incorporés au fonds objet de la concession⁷⁷⁶, ou encore de ceux ayant pour objet la constitution de droits réels, telles que des garanties, sur les dits biens immobiliers, au profit de tiers⁷⁷⁷.

2- L'admission de la propriété privée de droit écrit

Plan. Parmi les Etats-Parties à l'OHADA francophones, cinq admettent le droit à la propriété privée des terres, mais soumettent cette appropriation à des conditions relevant du droit écrit. Il s'agit : du Burkina Faso (a), du Cameroun (b), des Comores (c), du Gabon (d) et de la Guinée Conakry (e).

a- Le droit foncier au Burkina Faso

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Le régime foncier du Burkina Faso est organisé par la loi du 2 juillet 2012. Celui-ci distingue deux catégories de terres : celles qui rentrent dans le domaine foncier de l'Etat et des collectivités territoriales et sont inclus dans le domaine plus large du patrimoine immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales ; et celles qui font partie du patrimoine foncier des particuliers et sont plus largement comprises dans leur patrimoine immobilier.

⁷⁷⁵ Article 219 alinéa 2 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « La propriété privée des immeubles par incorporation, qui est toujours envisagée séparément du sol, n'est légalement établie que par l'inscription, sur le certificat établissant la concession du fonds, desdits immeubles. Elle peut être établie par un certificat d'enregistrement distinct dont il est fait annotation sur le certificat établissant la concession ».

⁷⁷⁶ Article 220 alinéa 1^{er} de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « Les mutations, soit entre vifs, soit par décès, de la propriété immobilière ne s'opèrent que par un nouveau certificat d'enregistrement ».

⁷⁷⁷ Article 220 alinéa 2 de la loi congolaise du 20 juillet 1973 : « A l'exception des servitudes légales, et sous réserve des mesures prises en application de l'article 180 de la présente loi, nulle charge ne frappe la propriété immobilière si elle n'est inscrite au certificat d'enregistrement ».

Caractéristiques de la propriété publique. Le patrimoine immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales se répartit lui-même en un domaine public immobilier et en un domaine privé immobilier. Le premier est composé de « biens immobiliers qui, par leur nature ou leur destination, sont affectés ou non à l'usage direct du public ou à un service public »⁷⁷⁸. Ce sont des biens frappés d'inaliénabilité⁷⁷⁹. Le second comprend les biens immobiliers qui, appartenant à l'Etat ou aux collectivités territoriales, ne sont pas affectés à l'usage direct du public ou à un service public⁷⁸⁰. Parmi ces biens, certains sont dits affectés, car « occupés par les services publics pour l'exercice de leurs missions »⁷⁸¹ ; les autres étant dits non affectés.

Caractéristiques de la propriété privée. L'analyse de la composition du patrimoine immobilier des particuliers permet de relever que les personnes physiques et morales de droit privé ont la possibilité, au Burkina Faso, de détenir pleinement un droit de propriété sur des parcelles de terre⁷⁸², ou sur d'autres types de biens immobiliers. En outre, ils peuvent se voir accorder par l'Etat, un droit de jouissance sur son domaine privé immobilier non affecté.

Par ailleurs, les personnes physiques peuvent faire valoir des droits découlant de la reconnaissance d'une possession foncière rurale. Il s'agit précisément ici, d'un droit de jouissance reconnu à une personne par la loi, en raison du « pouvoir de fait exercé sur une terre rurale en référence aux us et coutumes fonciers locaux »⁷⁸³. La reconnaissance d'un tel droit donne lieu à la délivrance d'une Attestation de possession foncière rurale⁷⁸⁴.

Nous remarquons que le droit burkinabé ne reconnaît pas de propriété foncière aux collectivités locales pouvant faire attester de leur qualité de propriétaire selon les règles de droit coutumier, sur les terres sur lesquelles ils exercent une emprise ancienne et continue. Il exclut d'ailleurs expressément toute prescription acquisitive de droits réels ; exception faite de la possession foncière rurale⁷⁸⁵. Ainsi, toutes les terres se situant sur le territoire du Burkina Faso, pour lesquelles aucun titre foncier n'a été délivré, font partie du patrimoine de l'Etat et des collectivités territoriales.

⁷⁷⁸ Article 11 alinéa 1^{er} de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁷⁹ Article 11 alinéa 2 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁸⁰ Article 15 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012 : « Le domaine privé immobilier de l'Etat comprend tous les biens immobiliers qui ne font pas partie du domaine public ».

⁷⁸¹ Article 18 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁸² Article 30 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁸³ Article 237 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁸⁴ Article 194 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012.

⁷⁸⁵ Article 210 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012 : « La prescription ne peut en aucun cas constituer un mode d'acquisition ou de libération des droits ou charges réels immobiliers, sauf pour les possessions foncières rurales dans les conditions prévues par les textes en vigueur ».

Les droits réels immobiliers envisagés par le droit burkinabé sont soumis, à titre d'opposabilité aux tiers, à l'accomplissement de formalités de publicité⁷⁸⁶. Le législateur burkinabé affirme notamment au premier alinéa de l'article 255 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012 que : « Sont soumis à la publicité foncière, le actes constatant la constitution, la transmission, la déclaration, la modification et l'extinction des droits réels immobiliers ». Il ajoute au premier alinéa de l'article 257 du même texte que : « La publicité foncière rend immédiatement les droits réels opposables aux tiers ».

Cependant, aucune inscription de droit réel immobilier ne peut être régulière si la terre à laquelle est relié ce droit n'a pas été, au préalable, immatriculée⁷⁸⁷. Cette immatriculation est également indispensable à toute première appropriation privée d'un fonds de terre⁷⁸⁸. Ces exigences permettent d'assurer un contrôle efficace de la constitution de droits réels immobiliers par le propriétaire.

b- Le droit foncier au Cameroun

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Les règles relatives au droit foncier sont, au Cameroun, réparties au sein de plusieurs textes dont les plus importantes sont les ordonnances du 6 juillet 1974 et les décrets du 27 avril 1976. Ces textes distinguent trois catégories de terres : celles qui sont classées dans le domaine immobilier de l'Etat ; celles qui sont rangées dans le domaine national ; celles qui appartiennent aux personnes physiques et morales de droit privé.

Caractéristiques de la propriété publique. Le domaine immobilier de l'Etat comporte un volet public et un volet privé. Le domaine public immobilier de l'Etat est composé de biens immobiliers qui « par nature ou par destination, sont affectés soit à l'usage direct du public, soit aux services publics ». Ces biens immobiliers sont considérés comme étant inaliénables⁷⁸⁹. Le

⁷⁸⁶ Article 212 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012 : « Les droits réels énumérés à l'article 209 ci-dessus ne produisent d'effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions et limites réglées par la présente loi sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions ».

⁷⁸⁷ Article 238 alinéa 1^{er} de la loi burkinabé du 2 juillet 2012: « Pour permettre la publication d'un quelconque droit réel immobilier, la terre du domaine foncier national qui le supporte doit être préalablement immatriculée ».

⁷⁸⁸ Article 238 alinéa 3 de la loi burkinabé du 2 juillet 2012 : « L'immatriculation est obligatoire avant toute cession définitive de terre par l'Etat ou par les collectivités territoriales ».

⁷⁸⁹ Article 2 alinéa 2 de l'ordonnance camerounaise n° 74-2 du 6 juillet 1974 : « Les biens du domaine public sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables ».

domaine privé immobilier de l'Etat est constitué de biens énumérés à l'article 11 de l'ordonnance n° 74-2 du 6 juillet 1974. Il s'agit globalement de biens dont l'Etat est propriétaire, mais qui ne sont ni affectés à l'usage direct du public, ni aux services publics.

Le domaine national comprend toutes les terres qui ne sont ni intégrées aux domaines public et privé de l'Etat, ni appropriées par les personnes physiques et morales de droit privé⁷⁹⁰. Le législateur camerounais y distingue deux catégories. La première rassemble « les terrains d'habitation, les terres de culture, de plantation, de pâturage et de parcours dont l'occupation se traduit par une emprise évidente de l'homme sur la terre et une mise en valeur probante »⁷⁹¹. La seconde regroupe quant à elle, les terres libre de toute occupation effective.

Les terres du domaine national, dont l'Etat est l'administrateur, peuvent être accordées en jouissance aux personnes physiques ou morales de droit privé, par le biais d'une convention de concession. Se voient par ailleurs reconnaître un droit de jouissance sur les terres du domaine national qu'elles occupent et exploitent de manière permanente au moment de l'entrée en vigueur des ordonnances du 6 juillet 1974, les collectivités coutumières et leurs membres⁷⁹².

Caractéristiques de la propriété privée. Nous pouvons relever ici que le législateur camerounais ne reconnaît pas de droit de propriété coutumière. Il permet toutefois aux collectivités coutumières et à leurs membres de devenir pleinement propriétaires des terres qu'ils occupent et exploitent, en sollicitant la délivrance de titres de propriété.

Les personnes physiques et morales ne peuvent se prévaloir de la qualité de propriétaire d'un fonds de terre que dans la mesure où elles détiennent un titre foncier. Le titre foncier est en effet « la certification officielle de la propriété immobilière »⁷⁹³. Sa délivrance passe par l'immatriculation des terres concernées suivant la procédure d'enregistrement des droits de propriété dans le Livre foncier⁷⁹⁴.

⁷⁹⁰ Article 14 de l'ordonnance camerounaise n° 74-1 du 6 juillet 1974 : « Constituent de plein droit le domaine national, les terres qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance, ne sont classées dans le domaine public ou privé de l'Etat ou des autres personnes morales de droit public. Ne sont pas incluses dans le domaine national les terres faisant l'objet d'un droit de propriété telle que définie à l'article 2 ci-dessus ».

⁷⁹¹ Article 15 de l'ordonnance camerounaise n° 74-1 du 6 juillet 1974.

⁷⁹² Article 17 alinéa 2 de l'ordonnance camerounaise n° 74-1 du 6 juillet 1974 : « Les collectivités coutumières, leurs membres ou toute autre personne de nationalité camerounaise qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance, occupent ou exploitent paisiblement des dépendances de la première catégorie prévue à l'article 15, continueront à les occuper ou à les exploiter. Ils pourront sur leur demande y obtenir des titres de propriété conformément aux dispositions du décret prévues à l'article 7 ».

⁷⁹³ Article 1 alinéa 1^{er} du décret camerounais n° 76-165 du 27 avril 1976.

⁷⁹⁴ Article 1 alinéa 3 du décret camerounais n° 76-165 du 27 avril 1976 : « L'enregistrement d'un droit dans un registre spécial appelé Livre foncier emporte immatriculation de ce droit et le rend opposable aux tiers ».

L'immatriculation des terres est indispensable à toute cession régulière des terres. Cette cession opère transfert du titre foncier qui y est rattaché⁷⁹⁵. De même, aucune constitution de droit réel ne saurait non plus être efficace sur une terre non immatriculée⁷⁹⁶ ; car l'opposabilité des droits réels immobiliers est conditionnée par leur publication, qui n'est envisageable que sur une terre immatriculée.

c- Le droit foncier aux Comores

Absence de réforme postcoloniale. Le droit foncier applicable au sein de la République des Comores n'a fait l'objet d'aucune réforme depuis la proclamation de l'indépendance du pays le 6 juillet 1975. Par conséquent, les règles relatives au droit foncier applicables aux Comores sont celles qui ont été imposées par la France au cours de la période de colonisation ; en particulier le décret du 4 février 1911 portant réorganisation du régime de la propriété foncière, modifié par plusieurs autres décrets avant l'indépendance.

Le droit foncier comorien distingue d'une part, les terres intégrées au domaine immobilier de l'Etat, se subdivisant en un domaine public et en un domaine privé, et d'autre part les terres appartenant aux personnes physiques et morales de droit privé.

Propriété privée individuelle, droits coutumiers collectifs et individuels. Le droit de propriété des personnes physiques et des personnes morales de droit privé relève normalement de l'application de règles de droit écrit. Toutefois, les droits exercés par des personnes physiques ou des collectivités sur la base des règles de droit coutumier sont reconnus comme droits d'usage sur les terres sur lesquelles ils ont une emprise.

L'efficacité du droit de propriété est conditionnée par la mise en œuvre du régime de l'immatriculation dominant le droit foncier comorien. Ce régime de l'immatriculation implique que le propriétaire d'un fonds de terre ne puisse pleinement exercer les droits découlant de sa qualité de propriétaire qu'à la condition d'avoir procédé à l'immatriculation de sa propriété.

⁷⁹⁵ Article 22 du décret camerounais n° 76-165 du 27 avril 1976 : « La cession à titre gratuit ou à titre onéreux d'un immeuble emporte mutation du titre foncier initial au nom de l'acquéreur ».

⁷⁹⁶ Article 3 alinéa 2 de l'ordonnance camerounaise n° 74-1 du 6 juillet 1974 : « A défaut de cette publication, aucun acte constitutif, modificatif ou translatif de droits réels sur les immeubles en cause ne peut être transcrit ni opposé aux tiers ».

Le régime de l'immatriculation est dit facultatif dans le droit foncier comorien⁷⁹⁷. Il a principalement pour finalité « d'assurer aux titulaires la garantie des droits réels qu'ils possèdent sur les immeubles préalablement immatriculés »⁷⁹⁸.

Lorsque l'immatriculation est sollicitée pour un fonds de terre sur lequel sont exercés des droits coutumiers, elle sert à consolider les droits d'usage qui sont reconnus aux collectivités coutumières et à leurs membres sur les terres rurales qu'ils occupent et exploitent⁷⁹⁹.

L'immatriculation d'un fonds de terre donne lieu à la délivrance d'un titre foncier au propriétaire⁸⁰⁰. Ce titre foncier est indispensable à l'efficacité des actes de constitution de droits réels portant sur l'immeuble. Il est en effet précisé à l'article 118 du décret du 4 février 1911 que le titre foncier « constitue devant les juridictions le point de départ unique des droits réels et charges foncières existant sur l'immeuble, au moment de l'immatriculation ».

Il faut néanmoins souligner qu'une condition supplémentaire doit être accomplie afin d'assurer l'efficacité de droits réels constitués sur un bien immobilier. Il s'agit de l'accomplissement de formalités de publicité⁸⁰¹. Celles-ci passent par leur inscription aux livres fonciers. Cette publication est véritablement, à l'égard des tiers, le point de départ de l'opposabilité des droits réels immobiliers constitués⁸⁰².

⁷⁹⁷ Article 3 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores.

⁷⁹⁸ Article 1 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores.

⁷⁹⁹ Article 2 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores : « Il ne peut, cependant, être invoqué par les villages représentés par les "Ouatou Akouba" ou conseils des notables, qu'aux fins de faire reconnaître les droits d'usage qui leur sont reconnus par la coutume et par des arrêtés, sur des terres, marais, etc. appartenant au domaine. Les conditions et formes dans lesquelles les villages peuvent requérir et exercer ces droits sont réglementées par des arrêtés ».

⁸⁰⁰ Article 111 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores : « Chaque immatriculation donne lieu à l'établissement, par le conservateur de la propriété foncière, d'un titre foncier, en langue française, comportant la description de l'immeuble, avec indication de ses consistance, contenance, situation et abornements, la désignation du propriétaire et l'inscription des droits réels immobiliers existant sur l'immeuble et des charges qui le grèvent. Chaque titre porte un numéro d'ordre et un nom particulier. Le plan de l'immeuble y reste annexé ».

⁸⁰¹ Article 18 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores : « Tout droit réel immobilier ou charge n'existe, à l'égard des tiers, qu'autant qu'il a été rendu public dans les formes, conditions et limites réglées au présent décret, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions ».

⁸⁰² Article 128 du décret du 4 février 1911 applicable aux Comores : « La publication aux livres fonciers des droits réels constitués sur les immeubles postérieurement à leur immatriculation, prévue par l'article 1 et exigée par l'article 18 pour la validité desdits droits à l'égard des tiers, est assurée, comme il suit, par la formalité de l'inscription ».

d- Le droit foncier au Gabon

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Dans d'autres Etats comme le Gabon, l'Etat reste propriétaire de la quasi-totalité des terres, mais permet aux personnes privées d'accéder à la propriété. Le droit de propriété acquis par ces derniers n'est cependant efficace qu'à la condition que les diverses démarches d'immatriculation aient été accomplies.

En effet, l'immatriculation des biens immobiliers est, au Gabon, une condition d'acquisition du droit de propriété, et pas simplement une condition de son opposabilité comme nous pouvons habituellement le constater. La loi gabonaise du 8 mai 1963, fixant le régime de la propriété foncière, indique notamment à son article 2, que : « L'immatriculation donne lieu à l'établissement d'un titre de propriété inscrit sur un livre foncier ; elle annule tous titres et purge tous droits antérieurs qui n'y seraient pas mentionnés ». La délivrance du titre de propriété à l'occasion de l'immatriculation représente le moment où son titulaire peut exercer ses droits réels sur le bien immobilier, et où il commence à supporter les différentes charges foncières attachées à l'immeuble⁸⁰³.

Par ailleurs, la constitution de tout autre droit réel que le droit de propriété, portant sur un bien immobilier, doit être accompagnée d'une inscription au livre foncier⁸⁰⁴. Cette inscription est une condition d'opposabilité à l'égard des tiers, du droit réel obtenu. C'est notamment ce que prévoit, en son premier alinéa, l'article 43 de la loi gabonaise du 8 mai 1963 : « Tout droit réel relatif à un immeuble immatriculé n'existe, à l'égard des tiers, que par le fait et au jour de son inscription sur le titre par le conservateur de la publicité foncière ».

e- Le droit foncier en Guinée Conakry

Propriété publique, propriété privée : droits concurrents. Le droit foncier applicable en Guinée Conakry n'est pas très éloigné du droit français. Il est tout d'abord possible aux

⁸⁰³ Article 39 de la loi gabonaise du 8 mai 1963 : « Le titre de propriété est définitif et inattaquable ; il forme le point de départ des droit réels et des charges foncières existant sur l'immeuble, au moment de l'immatriculation, à l'exclusion de tous autres droits non-inscrits ».

⁸⁰⁴ Article 42 alinéa 1^{er} de la loi gabonaise du 8 mai 1963 : « Tous faits et conventions entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, tous procès-verbaux de saisie immobilière, tous jugements passés en force de chose jugée, ayant pour objet de constituer, transmettre, déclarer ou éteindre un droit réel immobilier, tous baux d'immeubles excédant trois années, doivent être rendus publics par une inscription au livre foncier ».

personnes privées d'être, au même titre que l'Etat, propriétaire du sol et des immeubles qui y sont incorporés⁸⁰⁵.

Conditions d'exercice des droits de propriété privée. La propriété immobilière y est reconnue aux personnes privées de différentes manières selon que le fonds concerné est occupé ou qu'il est inoccupé et libre de propriété.

Dans l'hypothèse où le fonds est occupé, la loi guinéenne reconnaît la qualité de propriétaire aux personnes titulaires d'un titre foncier ; aux personnes qui, sur le fondement des règles applicables antérieurement à la réforme du droit foncier issue de l'ordonnance du 30 mars 1992, sont titulaires d'un livret foncier, d'un permis d'habiter ou d'une autorisation d'occuper ; aux occupants de biens immobiliers justifiant d'une occupation paisible, personnelle, continue et de bonne foi, à titre de propriétaire⁸⁰⁶.

Dans l'hypothèse où le fonds est inoccupé et libre de tout droit de propriété, les personnes privées peuvent effectuer une demande d'attribution du fonds auprès du Maire dans les communes urbaines, et du Préfet dans les communes rurales. L'attribution est généralement accordée sous condition de mise en valeur du fonds⁸⁰⁷.

L'efficacité des droits découlant de la qualité de propriétaire est toutefois conditionnée par l'accomplissement d'une double inscription : une inscription sur le plan foncier⁸⁰⁸ ; et une immatriculation sur le livre foncier⁸⁰⁹. Ces deux inscriptions, en particulier celle qui concerne le livre foncier, sont indispensables à la validité de tout acte de cession de propriété⁸¹⁰, ou de constitution de droits réels, portant sur le bien immobilier⁸¹¹.

⁸⁰⁵ Article 1^{er} du Code foncier et domanial guinéen : « L'Etat, ainsi que les autres personnes physiques et morales privées, peuvent être titulaires du droit de propriété sur le sol et les immeubles qu'il porte, et l'exercer selon les règles du Code civil et celles du présent code ».

⁸⁰⁶ Article 39 du Code foncier et domanial guinéen.

⁸⁰⁷ Article 40 du Code foncier et domanial guinéen : « Les terrains nus, libres de propriété peuvent être aliénés par voie d'attribution, selon les modalités définies aux articles ci-après ».

⁸⁰⁸ Article 3 alinéa 1^{er} du Code foncier et domanial guinéen : « La propriété est constatée par l'inscription de l'immeuble sur le plan foncier tenu, pour chaque collectivité territoriale, au niveau de la commune urbaine ou de la communauté rurale de développement ».

⁸⁰⁹ Article 3 alinéa 2 du Code foncier et domanial guinéen : « Le propriétaire requiert en outre l'immatriculation de l'immeuble sur le livre foncier tenu par le service de la conservation foncière ».

⁸¹⁰ Article 11 du Code foncier et domanial guinéen : « L'immatriculation préalable de l'immeuble sur le livre foncier est obligatoire dans le cas où un immeuble doit faire l'objet d'un acte à publier. L'immatriculation est définitive. La création du titre foncier doit précéder la passation de l'acte par les parties, sous peine de nullité ».

⁸¹¹ Article 14 du Code foncier et domanial guinéen : Les droits réels immobiliers « ne se conservent et ne produisent effet à l'égard des tiers que s'ils ont été publiés dans les formes, conditions et limites réglées au présent code, sans préjudice des droits et actions des parties pour l'exécution de leurs conventions ».

3- La double admission de la propriété privée de droit écrit et de droit coutumier

Majorité de systèmes dualistes. Les Etats-Membres admettant la propriété foncière privée sur la base, à la fois, des règles de droit écrit et des règles de droit coutumier, sont majoritaires au sein de l'espace OHADA. Certaines de ces législations exigent néanmoins que le titulaire d'un droit de propriété d'origine coutumière, souhaitant exercer pleinement ses droits, se soumette à la procédure d'immatriculation introduite par les puissances colonisatrices (b). Les autres maintiennent une véritable autonomie entre les règles de droit écrit et les règles de droit coutumier, soit en excluant simplement l'immatriculation inspirée du système Torrens en matière de propriété coutumière, soit en mettant en place un système original (a).

a- Autonomie des deux types de propriétés

Plan. Le législateur béninois a construit un droit foncier original au regard des règles mises en place au sein des autres Etats-Membres de l'OHADA (i). Les droits fonciers nigérien (ii) et togolais (iii) se distinguent quant à eux, en ce qu'ils n'exigent pas d'immatriculation pour bénéficier pleinement des droits de propriété foncière d'origine coutumière.

i. Le droit foncier au Bénin

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Les règles relatives au droit foncier sont, au Bénin, contenues dans un Code foncier et domanial issu d'une loi du 14 août 2013. Il admet, aux côtés de la propriété foncière de l'Etat et des collectivités territoriales, la propriété foncière des personnes physiques et des personnes morales de droit privé.

Caractéristiques de la propriété publique. Les terres appartenant à l'Etat et aux collectivités territoriales peuvent être classées, soit au sein de leur domaine public immobilier, soit au sein de leur domaine privé immobilier.

Les biens immobiliers faisant partie du domaine public de l'Etat et des collectivités territoriales sont limitativement énumérés par la loi. Ceux-ci sont complétés d'autres biens immobiliers sur

la base d'une procédure de classement spéciale⁸¹². Les biens ainsi intégrés au domaine public immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales sont déclarés inaliénables⁸¹³.

Les biens immobiliers du domaine privé de l'Etat et des collectivités territoriales sont indiqués aux articles 284 et 286 du Code domanial et foncier béninois. De manière globale, le domaine privé immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales est composé de biens non intégrés au domaine public, et sur lesquels aucune personne physique ou personne morale de droit privé ne peut faire valoir de droit de propriété. Le domaine privé immobilier de l'Etat se décompose en un domaine dit affecté, et en un autre dit non affecté. Le domaine dit affecté est constitué d'« immeubles mis gratuitement à la disposition des services de l'Etat ou des collectivités territoriales pour leur permettre d'assurer leur fonctionnement »⁸¹⁴.

Caractéristiques de la propriété privée. Concernant la propriété foncière des personnes physiques et des personnes morales de droit privé, le législateur béninois reconnaît, outre la propriété acquise selon les règles de droit écrit classiques, la propriété coutumière. Toutefois, celle-ci n'est pleinement efficace qu'à la condition que le titulaire des droits se fasse délivrer un Certificat de propriété foncière⁸¹⁵.

En effet, le législateur béninois a conçu un régime dit de confirmation de droits fonciers. Toute personne se prétendant propriétaire d'un fonds de terre est tenue d'introduire une procédure visant à obtenir la confirmation de ses droits fonciers, auprès du régisseur de la propriété foncière⁸¹⁶. Elle doit en ce sens transmettre les éléments permettant de justifier de sa qualité de propriétaire. Il peut s'agir d'une décision de justice devenue définitive, ou encore de documents dits de présomption de propriété foncière⁸¹⁷. Il peut également s'agir, uniquement pour ce qui concerne le milieu rural, du registre des ayants droit du Plan foncier rural⁸¹⁸.

⁸¹² Article 262 du Code domanial et foncier béninois : « Le domaine public de l'Etat et des collectivités territoriales est composé de tous les biens fonciers et immobiliers déterminés comme tels par la loi ou ayant fait l'objet d'une procédure spéciale de classement ».

⁸¹³ Article 273 du Code domanial et foncier béninois : « Les biens immeubles du domaine public naturel et artificiel de l'Etat sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables ».

⁸¹⁴ Article 288 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier béninois.

⁸¹⁵ Article 112 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier béninois : « Seul le Certificat de propriété foncière confère la pleine propriété en République du Bénin. Il lui est attaché tous les attributs du droit de propriété ».

⁸¹⁶ Article 116 *ab initio* du Code domanial et foncier béninois : « Tout requérant de confirmation de droits autres que ceux enregistrés au Plan foncier rural, adresse au régisseur de la propriété foncière, qui lui en donne récépissé, un dossier de confirmation de droits fonciers ».

⁸¹⁷ Article 4 du Code domanial et foncier béninois.

⁸¹⁸ Le registre des ayants droit du Plan foncier rural est un des deux documents composant tout Plan foncier rural. Il indique, pour chaque unité foncière cartographiée d'un village, les titulaires des droits de propriété de nature coutumière, ainsi que les caractéristiques de ceux-ci.

Les documents dits de présomption de propriété foncière sont cités par le législateur béninois, à l'article 4 du Code domanial et foncier. Ce sont : l'attestation de détention coutumière ; l'attestation de recasement ; et l'avis d'imposition portant sur les trois dernières années.

L'attestation de détention coutumière désigne ici un document délivré par le Bureau communal de confirmation de droits fonciers, après avoir conduit une enquête publique et contradictoire concernant les terres visées, en s'appuyant sur les structures communales et villageoises de gestion foncière⁸¹⁹.

Nous pouvons souligner que, la propriété coutumière dont il est ici question relève à la fois de l'application de règles coutumières anciennes, et de la mise en œuvres de règles coutumières que nous pourrions considérer comme étant plus récentes. Ces règles coutumières plus récentes sont surtout le produit de l'influence de la conception occidentale d'appropriation individuelle et d'aliénabilité des terres, couplée au développement de modalités de transmission des terres irrégulières au regard de la loi en vigueur.

L'instauration d'une procédure de confirmation des droits fonciers, notamment coutumiers, permet de mettre en conformité les situations de fait avec le droit. Néanmoins, toute personne bénéficiant d'un droit de propriété coutumier non confirmé n'est pas démunie au regard de la loi. Elle a en effet la possibilité de se prévaloir d'un droit de jouissance sur les terres sur lesquelles portent ses droits coutumiers. Le Code domanial et foncier béninois indique notamment en ce sens, à son article 359, que : « Les personnes jouissant d'un droit d'usage sur des terres rurales acquises selon les coutumes qui n'ont pas fait l'objet de la pleine propriété au sens du régime de la propriété foncière en vigueur exercent sur leurs terres toutes les prérogatives attachées à leur droit conformément aux règles et pratiques de la localité ».

Lorsque la procédure de confirmation des droits fonciers aboutit favorablement, elle permet au titulaire des droits d'obtenir un Certificat de propriété foncière. L'obtention de ce Certificat de propriété foncière est un préalable à la constitution efficace de droits réels immobiliers sur un fonds de terre, ou sur les biens immobiliers qui y sont fixés. En effet, l'inscription de droits réels immobiliers, indispensable à leur opposabilité aux tiers, ne peut intervenir que postérieurement à la confirmation des droits fonciers au registre foncier⁸²⁰.

⁸¹⁹ Article 352 alinéa 2 du Code domanial et foncier béninois.

⁸²⁰ Article 156 du Code domanial et foncier béninois : « Tous faits, conventions ou sentences relatifs à des biens immeubles et postérieurs à la confirmation des droits fonciers y afférents sont inscrits dans les registres fonciers dans les formes prévues à la présente section, sous peine d'inopposabilité ».

ii. Le droit foncier au Niger

Réforme tardive du droit foncier. Après la proclamation de son indépendance, le Niger a continué à appliquer les règles de droit foncier héritées de la période de colonisation, exigeant pour le plein exercice par une personne physique ou morale, de droits de propriété portant sur des terres, que celles-ci soient immatriculées, et que ces droits se matérialisent par un titre foncier. Le reste des terres situées sur le territoire national étant compris dans le patrimoine de l'Etat.

Il a fallu attendre le début des années 1990 pour que le législateur nigérien intervienne pour réformer le droit foncier nigérien. Toutefois, cette réforme présente un caractère limité du point de vue de son domaine d'application territorial. Elle concerne principalement les zones rurales, excluant les zones urbaines, qui restent par conséquent régies par les règles de droit foncier appliquées au cours de la période de colonisation.

La réforme du droit foncier est intervenue au Niger avec l'adoption de l'ordonnance du 2 mars 1993, « fixant les principes d'orientation du Code rural ». Ce texte a été complété par le décret du 2 octobre 1997 « déterminant les modalités d'inscription des droits fonciers au dossier rural ».

Reconnaissance d'une propriété privée de droit écrit et d'une propriété coutumière. L'ordonnance du 2 mars 1993 reconnaît aux droits de propriété fondés sur l'application de règles coutumières, la même valeur que les droits de propriété s'appuyant sur le droit écrit. Il est en effet indiqué à l'article 5 de cette ordonnance que : « Les droits qui s'exercent sur les ressources naturelles bénéficient d'une égale protection, qu'ils résultent de la coutume ou du droit écrit ». Par ressources naturelles, le législateur nigérien entend ici, les ressources foncières, végétales, animales, hydrauliques⁸²¹.

Il précise d'ailleurs à propos des terres agricoles, à l'article 8 du même texte, que : « La propriété du sol s'acquiert par la coutume ou par les moyens de droit écrit ». Nous pouvons relever qu'au regard de l'article 9 de la loi du 2 mars 1993, la propriété coutumière peut s'acquérir par « succession depuis des temps immémoriaux et confirmée par la mémoire collective », par attribution de l'autorité coutumière compétente, ou par « tout autre mode d'acquisition prévu par les coutumes du terroir ». Elle peut être reconnue par le biais d'une

⁸²¹ Article 2 de l'ordonnance nigérienne du 2 mars 1993.

inscription au Dossier rural. Cette inscription donne lieu à la délivrance d'une attestation. Celle-ci a valeur de preuve de l'existence de droits fonciers⁸²².

Quant à la propriété de droit écrit, son acquisition pleine passe par une immatriculation au titre foncier, par la conclusion d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique, par un enregistrement au dossier rural.

Notons tout de même qu'en dépit des modes de constitution différents que nous venons d'observer, tant la propriété immobilière coutumière, que la propriété immobilière de droit écrit, permettent de bénéficier de « la propriété pleine et effective de la terre »⁸²³. L'immatriculation est donc une procédure facultative en droit foncier rural.

Concurrence de la propriété publique. L'ordonnance du 2 mars 1993 conserve le principe de la qualité de propriétaire par défaut de l'Etat pour l'ensemble des terres situées sur le territoire nigérien. En effet, toutes les terres, notamment agricoles, pour lesquelles aucune personne physique ou morale de droit privé ne sera en mesure d'établir la preuve de sa qualité de propriétaire de droit coutumier ou de droit écrit, seront déclarées vacantes, et seront classées dans le patrimoine de l'Etat ou des collectivités territoriales⁸²⁴.

L'Etat reste normalement propriétaire des terres destinées au pâturage. Néanmoins il accorde un droit de jouissance aux pasteurs. Il est notamment affirmé à l'article 24 de la loi du 2 mars 1993 que : « Tous les pasteurs ont l'usage commun des espace globalement réservés au parcours, au pâturage et au pacage ».

iii. Le droit foncier au Togo

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Le droit foncier togolais a pour fondement principal l'ordonnance du 6 février 1974. Celui-ci distingue au sein de son article 1^{er}, trois catégories de terres et autres biens immobiliers.

Nous avons d'une part, les biens immobiliers rentrant dans le domaine public de l'Etat et des collectivités publiques, et ceux intégrés dans le domaine privé de l'Etat. Les premiers sont

⁸²² Article 134 de l'ordonnance nigérienne du 2 mars 1993 : « L'attestation d'inscription au dossier rural ne constitue pas un titre de propriété mais la preuve écrite de l'existence d'un droit foncier ».

⁸²³ Article 9 de l'ordonnance nigérienne du 2 mars 1993.

⁸²⁴ Article 11 de l'ordonnance nigérienne du 2 mars 1993 : « Les terres vacantes sont celles sur lesquelles aucune preuve d'un droit de propriété n'a pu être établie. Elles appartiennent à l'Etat ou à la collectivité décentralisée sur le territoire de laquelle elles se trouvent ».

composés d' « immeubles qui, par nature ou par destination, sont à la disposition du public »⁸²⁵. Les seconds comprennent globalement les biens immobiliers appartenant à l'Etat, et qui ne sont pas à la disposition du public⁸²⁶.

Nous avons d'autre part, les biens immobiliers détenus soit par les collectivités coutumières, soit de manière individuelle par les personnes physiques ou morales de droit privé. Le droit de propriété détenu par ces derniers peut s'appuyer sur la détention d'un titre foncier⁸²⁷ ou avoir pour fondement le droit foncier coutumier⁸²⁸.

Nous pouvons ici souligner que le droit togolais accorde une place importante à la propriété coutumière, correspondant aux terres sur lesquelles les communautés qui en bénéficient, exercent historiquement leur influence. Néanmoins, la propriété reconnue aux collectivités coutumières a été limitée aux espaces de terre qu'elles exploitent effectivement. Pour ce qui est des terres non mises en valeur revendiquées par ces collectivités, la loi les intègre en principe au domaine foncier national.

Par ailleurs, le texte n'est pas suffisamment précis sur le sujet, mais il semblerait que les terres appartenant aux collectivités coutumières ne fassent pas l'objet d'une immatriculation. Le régime leur étant applicable s'appuyant sur les règles de droit coutumier, elles devraient être inaliénables. Ce qui limite l'utilité de la technique de l'immatriculation.

Nous avons enfin le domaine foncier national, composé de tous les biens immobiliers autres que ceux qui sont intégrés aux domaines public et privé de l'Etat ou des collectivités publiques, ou appartiennent aux collectivités coutumières ou aux personnes physiques ou morales de droit privé. Sur les terres comprises dans le domaine foncier national, les collectivités coutumières conservent leurs droits d'usage traditionnel⁸²⁹.

b- Exigence commune de l'immatriculation

Plan. Bien qu'ils reconnaissent à la fois la propriété foncière de droit écrit et la propriété foncière de droit coutumier, plusieurs Etats-Membres de l'OHADA imposent à tout propriétaire

⁸²⁵ Article 13 de l'ordonnance togolaise du 6 février 1974.

⁸²⁶ Article 25 de l'ordonnance togolaise du 6 février 1974.

⁸²⁷ Article 2 alinéa 1^{er} de l'ordonnance togolaise du 6 février 1974 : « L'Etat garantit le droit de propriété aux individus et aux collectivités possédant un titre foncier délivré conformément à la loi ».

⁸²⁸ Article 2 alinéa 2 de l'ordonnance togolaise du 6 février 1974 : « L'Etat garantit également le droit de propriété à toute personne ou collectivité pouvant se prévaloir d'un droit coutumier sur les terres exploitées ».

⁸²⁹ Article 31 de l'ordonnance togolaise du 6 février 1974.

souhaitant exercer pleinement ses droits, indépendamment de l'origine de ceux-ci, qu'il se soumette à une procédure d'immatriculation. Il s'agit notamment de : la Centrafrique (i), le Congo Brazzaville (ii), la Côte d'Ivoire (iii), le Mali (iv), le Sénégal (v) et le Tchad (vi).

i. Le droit foncier en Centrafrique

Cohabitation de la propriété publique et de la propriété privée. Le droit foncier applicable en République Centrafricaine repose principalement sur la loi du 9 janvier 1964 relative au domaine national, et dans une moindre mesure, sur le décret du 28 mars 1899 relatif au régime de la propriété foncière, pris par la France.

Au regard de ces textes, il nous est possible de distinguer deux catégories de terres : celles qui font partie du domaine immobilier de l'Etat, se répartissant entre un domaine public et un domaine privé ; et celles qui appartiennent aux personnes physiques et morales de droit privé.

Caractéristiques de la propriété publique. Le domaine public immobilier de l'Etat est composé de biens immobiliers qui, en raison de leur nature, ou du fait de leur destination, sont à l'usage de tous⁸³⁰. Ils sont considérés comme étant inaliénables.

Le domaine privé immobilier comprend quant à lui, les biens immobiliers « qui constituent entre les mains de l'Etat des propriétés privées et à raison desquelles il est assujetti aux charges et obligations du droit commun »⁸³¹. Il s'agit normalement de biens qui ne sont pas directement destinés à la réalisation du service public, ou à un usage du public. Certains biens du domaine privé immobilier de l'Etat sont dits affectés, et d'autres non affectés. Les biens immobiliers dits affectés se distinguent des biens non affectés en ce qu'ils sont mis à la disposition des différents départements ministériels afin d'accomplir leurs missions⁸³².

⁸³⁰ Article premier de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Le domaine public comprend tous les biens qui, par leur nature ou leur destination sont à l'usage de tous et qui, n'étant pas susceptibles de propriété privée, sont hors du commerce ; c'est-à-dire inaliénables et imprescriptibles ».

⁸³¹ Article 27 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Le domaine privé s'entend de tous les biens mobiliers et immobiliers qui constituent entre les mains de l'Etat des propriétés privées et à raison desquels il est assujetti aux charges et obligations du droit commun ».

⁸³² Article 28 alinéa 1^{er} de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Les biens dépendant du domaine privé peuvent être répartis entre les départements ministériels chargés d'assurer les divers services publics ; on les nomme biens affectés à un service public ».

Caractéristiques de la propriété privée. En principe, toutes les terres situées sur le territoire centrafricain appartiennent à l'Etat⁸³³. Y échappent normalement les terres qui, ayant fait l'objet d'une procédure d'immatriculation, appartiennent à des personnes physiques ou morales de droit privé.

Propriété coutumière. Toutefois, semblant reconnaître les droits fonciers acquis sur la base de règles coutumières, le législateur centrafricain offre la possibilité de faire échec à la présomption de propriété des terres posée au profit de l'Etat centrafricain. En effet, il permet à toute personne occupant ou exploitant un fonds de terre non immatriculé de manière évidente et permanente, au moment de la promulgation de la loi du 9 janvier 1964, de faire valoir le droit de propriété dont elle dispose⁸³⁴.

Par ailleurs, le droit foncier centrafricain tient également compte de l'existence des droits coutumiers en reconnaissant aux collectivités traditionnelles, un droit de jouissance sur les terres sur lesquelles elles exercent une emprise ancienne⁸³⁵. Il en est de même pour ce qui concerne les biens entrant dans le domaine public naturel de l'Etat, tels que les cours d'eau ou les lacs⁸³⁶.

Droit de jouissance sur propriété publique. Sur les terres comprises dans son domaine privé immobilier, l'Etat peut expressément accorder un droit de jouissance aux personnes physiques et morales de droit privé, par la conclusion d'une convention de concession, soumettant le bénéficiaire à une obligation de mise en valeur des terres en faisant l'objet. La loi du 9 janvier prévoit en effet au second alinéa de son article 47 que : « Les terrains urbains et ruraux peuvent faire l'objet de concessions à titre provisoire obligatoirement soumises, dans un délai maximum de deux ans pour les terrains urbains et de cinq ans pour les terrains ruraux à des conditions de mise en valeur ».

⁸³³ Article 38 alinéa 1^{er} de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Outre les biens immobiliers qu'il acquiert selon les règles du droit commun ou les modes particuliers aux personnes morales de droit public, l'Etat, en vertu de son droit de souveraineté, est présumé propriétaire des terres qui, au jour de la promulgation de la présente loi, ne sont pas possédées par des tiers conformément à la loi sur le régime de la propriété foncière ou en vertu de titres réguliers de concession ».

⁸³⁴ Article 38 alinéa 2 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Cette présomption pourra être combattue par la preuve contraire en ce qui concerne les personnes qui, à la date de la promulgation de la présente loi, exercent, sur des parcelles rurales, une emprise individuelle réelle, évidente et permanente, se traduisant par une mise en valeur effective, sérieuse et durable, selon les usages du moment et des lieux et la vocation des terrains ».

⁸³⁵ Article 38 alinéa 3 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Cette présomption de propriété ne s'oppose pas à l'exercice des droits de jouissance par les collectivités traditionnelles sur des terres exploitées par elles selon les usages du moment et des lieux ».

⁸³⁶ Article 3 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Les collectivités qui, jusqu'à l'adoption de la présente loi bénéficiaient de droits coutumiers sur ce domaine naturel, en conservent le droit de jouissance ».

Les opérations de concession ont cependant vocation à aboutir à terme, sur une cession complète des terres qui en font l'objet. Elles ne sont donc, pour cette raison, que temporaires. Et lorsque la condition de mise en valeur est remplie dans les délais prévus, le bénéficiaire de la cession se voit normalement accorder la propriété du fonds de terre⁸³⁷. Une fois la cession devenue définitive, le bénéficiaire est tenu de procéder à l'immatriculation du fonds de terre⁸³⁸.

En outre, l'Etat peut accorder aux personnes physiques, dans les zones d'habitat traditionnel, un permis d'habiter⁸³⁹. Celui-ci permet à son bénéficiaire « d'édifier des constructions démontables destinées exclusivement à l'habitation »⁸⁴⁰.

ii. Le droit foncier au Congo Brazzaville

Cohabitation de la propriété publique et de la propriété privée. Les règles relatives au droit foncier sont, au Congo Brazzaville, contenues dans plusieurs textes différents, dont les plus significatifs sont : la loi du 30 décembre 2000 organisant le régime de la propriété foncière ; et trois lois du 26 mars 2004 établissant successivement les principes généraux applicables aux régimes domaniaux et fonciers⁸⁴¹, le code du domaine de l'Etat⁸⁴², et la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique⁸⁴³.

Deux grandes catégories de biens de terres pourraient être distinguées en droit congolais : celles qui rentrent dans le domaine immobilier des personnes publiques et celles qui appartiennent aux personnes physiques et morales de droit privé⁸⁴⁴.

Propriété publique. Le domaine immobilier des personnes publiques comporte un volet public et un volet privé. Le volet public est composé de biens immobiliers qui « par destination sont affectés à l'usage direct du public, au service public après un aménagement spécial ou

⁸³⁷ Article 47 alinéa 2 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « A l'expiration du délai de mise en valeur, le concessionnaire qui remplit ses obligations bénéficie d'une cession en pleine propriété ».

⁸³⁸ Article 79 alinéa 1^{er} de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Tout titulaire d'une concession définitive doit requérir l'immatriculation de sa propriété dans le délai de trois mois à compter de la publication au Journal Officiel de l'arrêté d'attribution à titre définitif ».

⁸³⁹ Article 73 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964 : « Les terrains situés dans une zone réservée à l'habitat traditionnel, peuvent faire l'objet de permis d'habiter ».

⁸⁴⁰ Article 74 de la loi centrafricaine du 9 janvier 1964.

⁸⁴¹ Loi n° 10-2004 du 26 mars 2004.

⁸⁴² Loi n° 9-2004 du 26 mars 2004.

⁸⁴³ Loi n° 11-2004 du 26 mars 2004.

⁸⁴⁴ Article 2 alinéa 1^{er} de la loi congolaise n°10-2004 du 26 mars 2004 : « L'espace foncier national comprend le domaine foncier des personnes publiques et le patrimoine foncier des particuliers ».

considérés comme des biens publics par détermination de la loi »⁸⁴⁵. Le volet privé réunit les biens immobiliers appartenant aux personnes publiques qui, « en raison de leur nature et de leur destination, ne sont pas considérés comme dépendances du domaine public »⁸⁴⁶.

Propriété privée. Concernant les personnes physiques et les personnes morales de droit privé, nous pouvons relever que le législateur congolais leur reconnaît la possibilité d'avoir la qualité de propriétaire de terres. Il affirme en effet, au premier alinéa de l'article 6 de la loi n° 10-2004 du 26 mars 2004, que : « Le droit de propriété du sol est reconnu aux personnes physiques et morales de droit privé ».

Le droit de propriété des personnes physiques et morales de droit privé pourrait, soit s'appuyer sur des principes de droit écrit hérités de la colonisation, soit avoir pour fondement les règles de droit coutumier⁸⁴⁷. Toutefois, le droit de propriété des personnes physiques et morales de droit privé n'est pleinement efficace que si la personne ou la collectivité qui en est titulaire procède à l'immatriculation des terres concernées et à la publicité de ses droits⁸⁴⁸. Cette immatriculation consiste, selon l'article 3 de la loi congolaise du 30 décembre 2000, « à établir un titre foncier⁸⁴⁹ et à l'inscrire dans le registre de la propriété foncière ».

Toute personne se prévalant de sa qualité de propriétaire d'un fonds de terre est donc tenue de détenir un titre foncier. Le législateur congolais le précise concernant particulièrement les personnes détenant des droits fonciers coutumiers. L'article 33 de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004, en son second alinéa, dispose en effet que : « L'établissement et la garantie des droits fonciers coutumiers résultent de la délivrance à leurs titulaires, agissant pour leur compte ou pour celui du groupement ou de la collectivité propriétaire, de titres fonciers, consacrant leur droit de propriété ».

Par ailleurs, il semble indispensable d'ajouter que la constitution de droits réels sur un bien immobilier ne peut être efficace que si ce dernier fait l'objet d'une immatriculation⁸⁵⁰.

⁸⁴⁵ Article 25 de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004.

⁸⁴⁶ Article 26 de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004.

⁸⁴⁷ Article 31 alinéa 1^{er} de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004 : « Outre les droits relevant de la législation moderne, le régime foncier garantit la reconnaissance des droits fonciers coutumiers préexistants non contraires ou incompatibles avec des titres dûment délivrés et enregistrés ».

⁸⁴⁸ Article 7 alinéa 2 de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004 : « La garantie du droit de propriété sur les sols ainsi que celle des autres droits réels résultent de leur immatriculation et de leur publicité ».

⁸⁴⁹ Article 8 alinéa 1^{er} de la loi congolaise n° 10-2004 du 26 mars 2004 : « Le titre foncier est un livret de propriétaire qui retrace la vie d'une propriété immobilière. Il confère à son titulaire des droits définitifs, intangibles et inattaquables ».

⁸⁵⁰ Article 13 de la loi congolaise du 30 décembre 2000 : « Le titre foncier est définitif et inattaquable, sauf le cas prévu aux articles 15 et 32 ci-après. Il forme devant les juridictions congolaises, le point de départ unique de tous

De même, à titre indépendant, ces droits réels ne produisent leurs effets, tant à l'égard des tiers⁸⁵¹ qu'à l'égard des parties⁸⁵², que dans l'hypothèse où ils sont publiés. Il en est de même en ce qui concerne tous les actes, conventionnels ou non, portant sur des biens immobiliers. Cette publication est réalisée via leur inscription au livre foncier.

iii. Le droit foncier en Côte d'Ivoire

Réforme tardive et limitée du droit foncier. Le droit foncier ivoirien a connu, à partir de la date de déclaration de son indépendance, jusqu'à la loi du 23 décembre 1998 relative au domaine foncier rural, une situation de vide juridique. Seule une déclaration du Président ivoirien F. Houphouët-Boigny du 30 octobre 1970 ayant fait force de loi, a servi de fondement en matière de droit foncier au cours de la trentaine d'années ayant suivi. Il affirmait : « Le gouvernement et le Parti ont donc décidé, dans l'intérêt du pays, de reconnaître à tout citoyen ivoirien d'origine ou d'adoption, qui met une parcelle de terre en valeur quelle qu'en soit l'étendue, le droit de jouissance à titre définitif et transmissible à ses héritiers »⁸⁵³.

Nous pouvons tirer comme enseignement de cette déclaration, d'une part, le fait que toutes les terres situées sur le territoire ivoirien soient la propriété de l'Etat, et d'autre part, le fait qu'il soit accordé à tout citoyen ivoirien qui mettrait en valeur un fonds de terre, un droit de jouissance transmissible à sa descendance.

La loi foncière du 23 décembre 1998 est venue combler une bonne partie du vide juridique qu'on pouvait constater. Cependant, son domaine d'application territorial est limité. Car, le texte étant désigné comme régulant le droit foncier rural, les zones urbaines n'ont globalement pas été affectées par son entrée en vigueur. Cette loi, qui fait office de Code foncier rural, exclut

les droits réels et de toutes les servitudes existant sur l'immeuble, la mise en valeur ou l'investissement au moment de l'immatriculation, à l'exclusion de tous autres droits non-inscrits ».

⁸⁵¹ Article 57 de la loi congolaise du 30 décembre 2000 : « Tout droit réel relatif à un immeuble immatriculé n'existe, à l'égard des tiers, que du fait et du jour de sa transcription sur le titre par le Conservateur des hypothèques et de la propriété foncière ».

⁸⁵² Article 58 de la loi congolaise du 30 décembre 2000 : « Les actes volontaires et les conventions tendant à constituer, transmettre, déclarer, modifier ou éteindre un droit réel ne produisent effet entre les parties qu'à dater de l'inscription sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'inexécution de leurs conventions ».

⁸⁵³ J-P CHAUVEAU, J-P COLIN, *Côte d'Ivoire : la question foncière à l'épreuve de la paix*, in E. LEONARD, J-P CHAUVEAU, R. KABORE, *Enjeux fonciers et dynamiques des rapports sociaux en milieu rural ouest-africain*, Territoires d'Afrique, 2012.

d'ailleurs expressément du domaine foncier rural, les périmètres urbains, le domaine public, les zones d'aménagement différé, le domaine forestier classé⁸⁵⁴.

Caractéristiques de la propriété privée. Nous pouvons constater que le Code foncier rural reconnaît aux personnes physiques et morales de droit privé, la possibilité de bénéficier de droits de propriété sur des terres. Cette propriété est en principe reconnue à la suite de l'immatriculation des terres concernées⁸⁵⁵.

Mais elle est également reconnue aux personnes exerçant individuellement ou collectivement un droit de propriété coutumier sur un fonds de terre. Cette reconnaissance passe par la délivrance d'un Certificat foncier, sur le constat du caractère continu et paisible de l'emprise exercée sur le fonds de terre, à la suite d'une enquête officielle, conduite par les autorités administratives ou leurs délégués et les conseils des villages concernés⁸⁵⁶.

Une fois le Certificat foncier obtenu, l'individu ou la collectivité coutumière qui en est titulaire, dispose d'un délai de trois ans pour solliciter l'immatriculation des terres pour lesquelles le Certificat aura été délivré⁸⁵⁷.

Toutes les terres situées dans le domaine foncier rural non-appropriées appartiennent à l'Etat. Elles font l'objet d'une immatriculation lorsqu'elles sont cédées ou simplement louées pour la première fois à une personne physique ou morale de droit privé⁸⁵⁸.

Par ailleurs, le Code foncier rural met un terme, en zone rurale, aux opérations de concession par lesquelles était accordé par l'Etat, aux personnes privées, un droit de jouissance sur des terres que celles-ci étaient tenues de mettre en valeur. Les terres antérieurement concédées doivent désormais faire l'objet d'une immatriculation à l'initiative du concessionnaire⁸⁵⁹, mais

⁸⁵⁴ Article 2 du Code foncier rural ivoirien : « Le domaine foncier rural est à la fois : hors du domaine public, hors des périmètres urbains, hors des zones d'aménagement différé officiellement constituées, hors du domaine forestier classé ».

⁸⁵⁵ Article 4 alinéa 1^{er} du Code foncier rural ivoirien : « La propriété d'une terre du domaine foncier rural est établie à partir de l'immatriculation de cette terre au registre foncier ouvert à cet effet par l'Administration et en ce qui concerne les terres du domaine coutumier par le Certificat foncier »

⁸⁵⁶ Article 8 du Code foncier rural ivoirien : « Le constat d'existence continue et paisible de droits coutumiers donne lieu à délivrance par l'Autorité administrative d'un Certificat foncier collectif ou individuel permettant d'ouvrir la procédure d'immatriculation aux clauses et conditions fixées par décret ».

⁸⁵⁷ Article 4 alinéa 2 du Code foncier rural ivoirien : « Le détenteur du Certificat foncier doit requérir l'immatriculation de la terre correspondante dans un délai de trois ans à compter de la date d'acquisition du Certificat foncier ».

⁸⁵⁸ Article 6 alinéa 1^{er} du Code foncier rural ivoirien : « Les terres qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat et sont gérées suivant les dispositions de l'article 21 ci-après. Ces terres sont immatriculées aux frais du locataire ou de l'acheteur ».

⁸⁵⁹ Article 12 alinéa 1^{er} du Code foncier rural ivoirien : « Tout concessionnaire d'une terre non immatriculée doit en requérir l'immatriculation à ses frais ».

au nom de l'Etat⁸⁶⁰. A la suite de l'immatriculation, les terres concédées font l'objet, soit d'une location, soit d'une cession au profit du concessionnaire⁸⁶¹.

iv. Le droit foncier au Mali

Concurrence de la propriété publique et de la propriété privée. Le droit foncier malien est principalement régi par le Code domanial et foncier introduit par une ordonnance du 22 mars 2000, modifié par une loi du 12 février 2002. Il en ressort que, certaines terres font partie du domaine immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales ; d'autres appartiennent aux personnes physiques ou morales de droit privé⁸⁶².

Périmètre de la propriété publique. Le domaine immobilier de l'Etat et des collectivités territoriales comporte un volet dit public, et un volet dit privé. Le domaine immobilier public de l'Etat et des collectivités territoriales se compose, au regard des articles 2 et 3 du Code domanial et foncier malien, de biens qui y sont expressément intégrés par la loi, ou de biens ayant fait l'objet d'une procédure de classement spéciale. Ces biens sont frappés d'inaliénabilité⁸⁶³. Quant au domaine immobilier privé de l'Etat et des collectivités territoriales, il comprend non seulement tous les biens immobiliers immatriculés au nom de l'Etat, mais également tous les biens immobiliers non immatriculés.

Reconnaissance de la propriété privée. Les personnes physiques et les personnes morales de droit privé, ne peuvent revendiquer la propriété d'un fonds de terre que s'ils détiennent un titre foncier. En effet, l'article 4 du Code domanial et foncier malien dispose que : « Le patrimoine foncier des autres personnes physiques ou morales comprend tous les immeubles détenus par celles-ci en vertu d'un titre foncier transféré à leur nom à la suite de la conversion d'un droit de concession en titre de propriété immatriculée, d'une cession ou de tout autre mode de transfert d'un titre foncier ».

Il en résulte que toutes les parcelles de terre pour lesquelles aucun titre foncier n'a été délivré à une personne physique ou à une personne morale de droit privé, font partie du patrimoine de

⁸⁶⁰ Article 13 alinéa 1^{er} du Code foncier rural ivoirien : « Sauf à l'Autorité administrative en charge de la gestion du domaine foncier rural d'en décider autrement, l'immatriculation prévue à l'article 12 ci-dessus est faite au nom de l'Etat ».

⁸⁶¹ Article 13 alinéa 2 du Code foncier rural ivoirien : « Les terres ainsi nouvellement immatriculées au nom de l'Etat sont louées ou vendues à l'ancien concessionnaire ainsi qu'il est dit à l'article 21 ci-après ».

⁸⁶² Article 1 du Code domanial et foncier malien.

⁸⁶³ Article 27 du Code domanial et foncier malien : « Le domaine public immobilier est inaliénable, imprescriptible et insaisissable ».

l'Etat et des collectivités territoriales. Renforçant cette idée, le législateur malien exclut d'ailleurs expressément toute prescription acquisitive⁸⁶⁴.

Reconnaissance d'un droit de jouissance coutumier sur le patrimoine foncier public.

Toutefois, le Code domanial et foncier malien reconnaît, dans les zones rurales, aux collectivités et individus ayant une emprise ancienne et continue sur des terres sur le fondement de règles coutumières, un droit de jouissance portant sur celles-ci. Il indique en ce sens, au premier alinéa de son article 43, que : « Les droits coutumiers exercés collectivement ou individuellement sur les terres non immatriculées sont confirmés ».

Reconnaissance de la propriété coutumière individuelle. Certains droits coutumiers peuvent être transformés par leur titulaire, en droit de propriété. Il s'agit uniquement de droits coutumiers exercés individuellement. Le constat doit être établi de l'existence d'une « emprise évidente et permanente sur le sol se traduisant par des constructions ou une mise en valeur régulière »⁸⁶⁵. Lorsque ces conditions sont remplies, le droit de propriété accordé au titulaire de droits coutumiers sur les terres concernées, doit s'accompagner de l'immatriculation de celles-ci⁸⁶⁶.

Il est également autorisé, lorsque les mêmes conditions sont réunies, que le titulaire des droits coutumiers les concède à un tiers. Dans ce cas, « le nouveau concessionnaire est tenu de requérir et sans délai l'immatriculation de l'immeuble »⁸⁶⁷.

Admission de la concession. Outre le droit de jouissance reconnu aux personnes disposant de droits coutumiers, le législateur malien autorise l'Etat à consentir, sur les terres rurales intégrées à son patrimoine immobilier privé, mais non affectées d'un droit coutumier, une concession. Celle-ci se définit comme étant le droit accordé à une personne physique ou morale de droit privé, « de jouir, à titre provisoire, de l'usage d'un terrain pour le mettre en valeur selon les conditions prévues dans l'acte de concession »⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Article 131 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien : « La prescription ne peut, en aucun cas, constituer un mode d'acquisition de droits réels sur des immeubles immatriculés ou de libération des charges grevant les mêmes immeubles ».

⁸⁶⁵ Article 45 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien.

⁸⁶⁶ Article 45 alinéa 2 du Code domanial et foncier malien : « Les droits ainsi constatés lorsqu'ils comportent une emprise évidente et permanente sur le sol peuvent également être transformés en droit de propriété au profit de leur titulaire qui requiert à cet effet leur immatriculation ».

⁸⁶⁷ Article 45 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien.

⁸⁶⁸ Article 34 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien.

Les collectivités territoriales ont, elles aussi, le pouvoir d'accorder des concessions sur les terres comprises dans leur domaine privé immobilier. Elles peuvent aussi bien concerner les zones rurales que les zones urbaines, et portent sur des terrains à usage d'habitation⁸⁶⁹. La concession ainsi accordée confère un droit de superficie à celui qui en est bénéficiaire⁸⁷⁰. Ce droit de superficie comporte une certaine spécificité, puisque le législateur malien en fait un bien meuble⁸⁷¹.

En outre, nous pouvons noter que le concessionnaire est tenu, en vertu de la convention de concession, de mettre en valeur le terrain mis à sa disposition⁸⁷².

Opposabilité des droits fonciers. Les droits réels immobiliers envisagés par le législateur malien sont opposables aux tiers à la condition que la personne qui en bénéficie accomplisse les formalités de publicité requises au service de la publicité foncière⁸⁷³. La publicité des droits réels immobiliers n'est néanmoins possible que si l'immeuble sur lequel elles portent a été dûment immatriculé⁸⁷⁴. Cette immatriculation s'impose normalement à l'occasion de toute première appropriation privée d'un fonds de terre⁸⁷⁵.

v. Le droit foncier au Sénégal

Cohabitation de la propriété publique et de la propriété privée. Le droit foncier applicable au Sénégal est principalement organisé par deux lois : la première est la loi du 17 juin 1964

⁸⁶⁹ Article 62 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien : « La concession urbaine ou rurale à usage d'habitation ne peut porter que sur un terrain à usage d'habitation. Elle est octroyée par le Maire après avis du Conseil de Village, de Fraction ou de Quartier réuni à cet effet et entériné par une décision du Conseil communal ».

⁸⁷⁰ Article 61 alinéa 1^{er} du Code domanial et foncier malien : « La concession urbaine ou rurale à usage d'habitation confère au bénéficiaire un droit de superficie sur un terrain à l'exclusion de tout droit de propriété ».

⁸⁷¹ Article 61 alinéa 2 du Code domanial et foncier malien : « Le droit de superficie conféré par la concession urbaine ou rurale à usage d'habitation est réputé meuble ; il peut être inscrit au livre foncier ».

⁸⁷² Article 60 du Code domanial et foncier malien : « La concession urbaine ou rurale à usage d'habitation consiste dans le droit accordé à la puissance publique, le concédant, à une personne appelée concessionnaire de jouir, à titre provisoire, de l'usage d'un terrain pour le mettre en valeur selon les conditions prévues dans l'acte de concession et le cahier des charges éventuellement y annexé ».

⁸⁷³ Article 89 du Code domanial et foncier malien : « Les droits réels énumérés à l'article précédent ne se conservent et ne produisent effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les formes, conditions et limites réglées du présent code sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions ».

⁸⁷⁴ Article 73 du Code domanial et foncier malien : « Pour permettre cette publication, les immeubles doivent avoir été préalablement immatriculés sur les livres fonciers, à la suite d'une procédure spéciale permettant la révélation de tous droits réels déjà constitués ».

⁸⁷⁵ Article 75 *ab initio* du Code domanial et foncier malien : « L'immatriculation est obligatoire avant toute attribution de terres par l'Etat ».

relative au domaine national ; la seconde étant la loi du 30 mars 2011 portant régime de la propriété foncière.

Sur la base de ces lois, il nous est possible de distinguer trois catégories de biens fonciers : certaines terres font partie du domaine public ; d'autres sont comprises dans le domaine national ; et la troisième catégorie inclut les biens appartenant aux personnes physiques ou morales de droit privé.

Périmètre de la propriété publique. Le domaine public immobilier est composé de biens immobiliers ayant fait l'objet d'un classement en ce sens. Tandis que le domaine national comprend tous les autres biens immobiliers n'ayant pas fait l'objet d'une appropriation privée.

La loi du 17 juin 1964 faisait de l'Etat le propriétaire de toutes les terres situées sur le territoire national, exception faite des terres immatriculées antérieurement à son entrée en vigueur et de celles antérieurement mises en valeur de manière suffisante et permanente, immatriculées dans les six mois suivant le décret d'application de la loi⁸⁷⁶. Les personnes physiques et les personnes morales de droit privé ne bénéficiaient de manière générale, que d'un droit de jouissance sur les terres qu'elles occupaient, soit accordé par l'Etat à titre temporaire, soit sur le fondement des droits coutumiers leur étant reconnus⁸⁷⁷.

Caractéristiques associées à la propriété privée. La loi du 17 juin 2011 ouvre largement le droit pour les personnes physiques et morales de droit privé d'avoir accès à la propriété des terres. Bien que maintenant l'exclusion de toute prescription acquisitive, cette loi admet même la propriété foncière privée en dehors de toute immatriculation ; affirmant en son article 5, le caractère facultatif de l'immatriculation de terres appropriées. Elle semble ainsi, implicitement admettre l'appropriation privée des terres autant sur la base de règles dites coutumières, que sur le fondement de règles de droit écrit. Toutefois, le droit de propriété dont pourrait se prévaloir un individu sur un fonds de terre reste limité tant que son immatriculation n'a pas été effectuée.

En effet, la constitution de droits réels sur des terres ou des immeubles y étant fixés, n'est opposable aux tiers qu'à la condition qu'ils aient fait l'objet d'une publication au service de la

⁸⁷⁶ Article 1^{er} de la loi sénégalaise du 17 juin 1964 : « Constituent de plein droit le domaine national, toutes les terres non classées dans le domaine public, non immatriculées et dont la propriété n'a pas été transcrite à la Conservation des hypothèques à la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Ne font pas non plus partie de plein droit du domaine national, les terres qui, à cette même date, font l'objet d'une immatriculation au nom d'une personne autre que l'Etat ».

⁸⁷⁷ Article 15 alinéa 1^{er} de la loi sénégalaise du 17 juin 1964 : « Les personnes occupant et exploitant personnellement des terres dépendant du domaine national à la date d'entrée en vigueur de la présente loi continueront à les occuper et à les exploiter ».

conservation foncière⁸⁷⁸. Cependant, cette publication des droits réels n'est possible que lorsque le fonds de terre sur lequel ils portent, sont régulièrement immatriculés⁸⁷⁹.

vi. Le droit foncier au Tchad

Propriété publique, propriété privée : droits concurrents. Le droit foncier en vigueur au Tchad a pour fondement trois lois adoptées le 22 juillet 1967 : la première porte sur le statut des biens domaniaux⁸⁸⁰ ; la seconde est relative à la propriété foncière et aux droits coutumiers⁸⁸¹ ; la troisième concerne la limitation aux droits fonciers⁸⁸². Ces textes distinguent deux catégories de terres : celles qui appartiennent à l'Etat, et celles qui appartiennent aux personnes physiques ou morales de droit privé.

Propriété publique. Les terres appartenant à l'Etat, désignées sous le terme « domaine national », se répartissent au sein du domaine public immobilier et du domaine privé immobilier. Il se compose normalement de toutes les terres situées sur le territoire tchadien n'ayant fait l'objet d'aucune appropriation privée.

Les terres du domaine public immobilier sont énumérées au sein des articles 2 et 3 de la loi portant statut des biens domaniaux. Ce sont globalement celles qui sont affectées à la réalisation du service public ou mises directement à la disposition du public. Elles sont normalement inaliénables⁸⁸³. Toutefois, les collectivités coutumières qui, au moment de l'entrée en vigueur des lois du 22 juillet 1967, exerçaient des droits coutumiers sur les terres intégrées au domaine public de l'Etat, se voient reconnaître un droit de jouissance sur celles-ci⁸⁸⁴.

⁸⁷⁸ Article 20 de la loi sénégalaise du 30 mars 2011 : « Les droits réels immatriculés à l'article 19 n'existent, ne se conservent et ne produisent effet à l'égard des tiers qu'autant qu'ils ont été rendus publics dans les conditions, formes et limites fixées par la présente loi, sans préjudice des droits et actions réciproques des parties pour l'exécution de leurs conventions ».

⁸⁷⁹ Article 3 de la loi sénégalaise du 30 mars 2011 : « Pour permettre cette publication, les immeubles doivent être, à la suite d'une procédure spéciale, préalablement immatriculés sur les livres fonciers ».

⁸⁸⁰ Loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967.

⁸⁸¹ Loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967.

⁸⁸² Loi tchadienne n° 67-25 du 22 juillet 1967.

⁸⁸³ Article 5 de la loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967 : « Le domaine public est inaliénable ».

⁸⁸⁴ Article 4 de la loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967 : « Les personnes et les collectivités qui, avant l'adoption de la présente loi, bénéficiaient de droits coutumiers sur le domaine public, continuent à en jouir. La puissance publique se réserve toutefois le droit de les en priver moyennant indemnités ».

Les terres du domaine privé immobilier sont toutes celles qui n'ont pas été intégrées au domaine public. Elles peuvent faire l'objet d'une affectation ; dans le sens de leur mise à disposition au profit d'un ministère ou d'une administration pour son fonctionnement⁸⁸⁵.

Admission de la concession. Les terres du domaine privé peuvent également faire l'objet de diverses conventions au profit de personnes physiques et morales de droit privé. Elles peuvent par exemple être cédées⁸⁸⁶ ou louées⁸⁸⁷. Elles peuvent également être concernées par une procédure de concession ou de permis d'habiter⁸⁸⁸.

La convention de concession conclue soumet normalement le concessionnaire à une obligation de mise en valeur du fonds de terre sur lequel elle porte. Lorsque la mise en valeur du fonds de terre est conforme aux exigences fixées par la convention, la concession peut être accordée à titre définitif. Ce qui équivaut à une acquisition en propriété du fonds de terre. Le législateur tchadien affirme notamment à ce propos, au second alinéa de l'article 27 de la loi n° 67-23 du 22 juillet 1967, que : « En cas de conformité, la concession est attribuée à titre définitif et doit être transformée en propriété par la procédure de l'immatriculation ».

Propriété privée. La qualité de propriétaire des personnes physiques ou morales de droit privé peut être reconnue au Tchad, sur la base des modalités d'acquisition prévues par le droit écrit, ou sur la base de règles de droit d'origine coutumière. Toutefois, les droits résultant de cette propriété immobilière ne sont pleinement efficaces que si le fonds de terre concerné fait l'objet d'une procédure d'immatriculation.

En effet, en son article premier, la loi 67-24 du 22 juillet 1967 relative à la propriété foncière et aux droits coutumiers, pose le principe selon lequel « la propriété foncière se constate par la procédure de l'immatriculation ». Cette procédure d'immatriculation consiste en l'enregistrement du droit de propriété, et débouche sur la délivrance d'un titre foncier⁸⁸⁹.

⁸⁸⁵ Article 12 de la loi tchadienne n°67-23 du 22 juillet 1967 : « L'affectation est l'opération qui consiste pour le propriétaire d'une dépendance domaniale, à la mettre à la disposition d'un ministère, service, et généralement d'administration quelconque, qui en a besoin pour son fonctionnement ».

⁸⁸⁶ Article 22 de la loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967 : « Les dépendances du domaine privé peuvent être aliénées par tout procédé de droit privé, notamment vente ».

⁸⁸⁷ Article 21 de la loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967 : « Les dépendances du domaine privé peuvent être amodiées par tout procédé de droit privé, notamment location ».

⁸⁸⁸ Article 23 alinéa 1er de la loi tchadienne n° 67-23 du 22 juillet 1967 : « Les dépendances du domaine privé peuvent également être amodiées ou aliénées par les procédures de la concession ou du permis d'habiter ».

⁸⁸⁹ Article 1^{er} alinéa 2 de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « Cette procédure consiste dans l'établissement et l'enregistrement d'un titre de propriété appelé titre foncier ».

Le législateur tchadien en fait néanmoins, en principe, une mesure facultative⁸⁹⁰. Par exception, toute personne bénéficiant d'une concession ou d'un permis d'habiter est tenue, lorsqu'elle voit ses droits transformés en droit de propriété, de procéder à l'immatriculation du fonds de terre concerné⁸⁹¹.

Les terres n'ayant pas été immatriculées sont présumées appartenir à l'Etat⁸⁹², s'intégrant à son domaine privé immobilier. Toutefois, cette présomption peut être renversée, en faisant notamment valoir l'existence de droits de propriété d'origine coutumière. La preuve de ces droits coutumiers passe en particulier par la constatation officielle d'une mise en valeur du fonds de terre pour lequel la propriété est revendiquée. Cette mise en valeur se traduit « au minimum par une emprise permanente et visible sur le sol, la permanence étant appréciée, compte tenu des assolements ou procédés analogues ».

Une fois le Certificat de mise en valeur obtenu, la personne physique ou la collectivité qui en est bénéficiaire peut solliciter l'immatriculation du fonds de terre sur lequel sont exercés les droits coutumiers⁸⁹³.

Par ailleurs, il semble important de souligner le fait que l'immatriculation du bien immobilier soit indispensable à l'efficacité de toute constitution de droit réel. Il représente en effet le point de départ, *a minima*, de l'opposabilité des droits portant sur le fonds de terre concerné ou les biens y étant incorporés⁸⁹⁴.

C- L'effectivité limitée des textes de droit foncier

Taux d'immatriculation largement insuffisant. En dépit des tentatives de prise en compte des réalités locales dans les réformes relatives au droit foncier entreprises par les Etats-

⁸⁹⁰ Article 6 alinéa 1^{er} de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « L'immatriculation est facultative, toutes les fois qu'elle n'est pas rendue obligatoire par une loi ou par un décret ».

⁸⁹¹ Article 6 alinéa 2 de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « Elle est notamment obligatoire lorsqu'une concession ou un permis d'habiter est transformé en propriété par l'octroi d'une concession définitive ».

⁸⁹² Article 13 de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « Toute terre non immatriculée est réputée vacante et sans maître, à moins que ne soit rapportée la preuve contraire ».

⁸⁹³ Article 18 de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « Seuls, l'Etat et l'auteur de la mise en valeur peuvent demander l'immatriculation. La procédure est la même qu'en droit commun. Le requérant doit joindre à son dossier le certificat de mise en valeur ».

⁸⁹⁴ Article 7 de la loi tchadienne n° 67-24 du 22 juillet 1967 : « Le titre foncier est définitif et inattaquable. Il forme, le cas échéant, devant toutes les juridictions, le point de départ unique de tous les droits existants sur l'immeuble au moment de l'immatriculation ».

Membres de l'OHADA, il existe encore un fossé important entre les textes en vigueur et les pratiques développées par les populations.

Nous pouvons d'une part observer que, afin d'exercer pleinement les droits découlant de la qualité de propriétaire d'un bien immobilier, les Etats-Membres, dans leur grande majorité, exigent du titulaire qu'il procède à l'immatriculation de son bien.

Or, rares sont les propriétaires qui, au sein de l'espace OHADA, accomplissent une telle formalité. On les rencontre principalement dans les grandes zones urbaines. La procédure est en effet généralement très longue et coûteuse pour toute personne s'engageant dans une telle voie. Et lorsque les plus téméraires vont jusqu'au bout de cette démarche à l'occasion de l'acquisition d'un fonds de terre, ils n'ont pas l'assurance que leurs droits soient protégés. Car il arrive que pour un même bien immobilier, plusieurs titres fonciers soient délivrés.

Limites liées aux insuffisances de gestion administrative. Cette incertitude est la conséquence du cumul d'un grand nombre d'insuffisances concernant la gestion des services de la conservation foncière. Notons tout d'abord que les services administratifs travaillent le plus souvent sur la base d'un cadastrage des terres généralement loin d'être abouti. Soulignons ensuite que le traitement papier des procédures est encore la norme dans les Etats-Membres de l'OHADA. Ce qui dans des territoires où l'on observe une urbanisation galopante, est complètement inadéquat ; ceci d'autant plus que les procédures sont habituellement centralisés au niveau des capitales. Il en résulte une grande difficulté dans le recoupement des informations, et les cas de perte de documents ne sont pas exceptionnels.

Pour toutes ces raisons, les conflits en matière foncière sont très importants. Les conflits fonciers représentent d'ailleurs dans de nombreux pays, la majorité des cas soumis à l'appréciation des juridictions.

Nous pouvons d'autre part relever le fait que, dans les Etats-Membres de l'OHADA reconnaissant la propriété immobilière obtenue sur la base des règles du droit coutumier, les procédures instituées en vue d'effectuer le constat officiel de la réalité des droits du propriétaire de droit coutumier sont difficilement mises en œuvre. Les services auxquels cette tâche est affectée peuvent avoir du mal à être mis en place ; ou lorsqu'ils le sont, disposent souvent de moyens insuffisants pour mener à bien leur mission.

Par conséquent, une grande part des actes relatifs aux biens immobiliers se trouvent encore, au sein de l'espace OHADA, à la marge du droit en vigueur.

II- L'efficacité relative des garanties du crédit en matière immobilière

Plan. La crise du droit foncier que traversent les Etats-Membres de l'OHADA a un impact important non seulement sur l'efficacité des garanties réelles immobilières (A), mais également sur l'efficacité des garanties personnelles (B).

A- Crise du droit foncier et efficacité des garanties réelles immobilières

Principe de l'immatriculation préalable de l'objet de la garantie. Nous avons pu le constater, les différentes législations internes des Etats-Membres de l'OHADA exigent pour l'efficacité des droits réels constitués sur des biens immobiliers, que ces derniers aient fait l'objet d'une immatriculation. Ainsi, les garanties réelles immobilières ne pourraient en principe être efficaces au sein de l'espace OHADA que si le bien immobilier sur lequel elles portent a fait l'objet d'une immatriculation. C'est ce que confirme d'ailleurs le législateur OHADA lorsqu'au premier alinéa de l'article 203 de l'AUS, il affirme 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 ».

Exceptions. Conformément à ce que nous avons noté à l'occasion de précédents développements, il introduit au sein des alinéas suivants du même texte, trois exceptions à ce principe. Les deux premières exceptions prévues sont une reprise parfaite d'une partie du contenu de l'article 2420 du Code civil français. La troisième exception a quant à elle été aménagée afin de s'adapter aux particularités du droit foncier local. Il y est indiqué que : « Celui qui possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, sur le domaine public, ou sur le domaine national peut hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée »⁸⁹⁵.

Qu'il s'agisse de pays dans lesquels le droit national n'admet pas la propriété privée, mais seulement un droit de jouissance sur les terres situées sur leur territoire, ou de ceux qui prévoient des mécanismes transitoires permettant de mettre en valeur la terre, pouvant aboutir à terme, à un transfert de propriété définitif, cette exception pourrait être opportunément saisie.

⁸⁹⁵ Article 203, 3°) de l'AUS.

Nous avons en effet pu noter que, pour la grande majorité des Pays-Membres de l'OHADA, l'Etat a la possibilité d'accorder aux personnes physiques ou morales de droit privé, le droit de jouir d'une partie des terres dont il est propriétaire, par le biais d'une convention de concession. Celle-ci permet de mettre en valeur le fonds de terre concerné, et en particulier d'y édifier des constructions. En outre, l'Etat peut accorder, uniquement aux personnes physiques, un permis d'habiter. Celui-ci implique que le bénéficiaire construise sur les terres concernées, un immeuble à usage d'habitation pour son usage personnel.

Que nous soyons dans le cadre de la concession ou dans celui du permis d'habiter, aucune obligation d'immatriculer le bien immobilier occupé n'est généralement imposée au bénéficiaire du droit consenti. Les immeubles construits par les personnes bénéficiaires de concessions ou de permis d'habiter, considérés comme entrant dans le patrimoine de ceux-ci, pourraient en dépit de cette absence d'immatriculation, sur le fondement de l'article 203, 3°), faire régulièrement l'objet d'une hypothèque.

B- Crise du droit foncier et efficacité des garanties personnelles

Principe de l'immatriculation du bien immobilier objet de saisie. Les garanties personnelles ne sont pas affectées, du point de vue de leur constitution, par la crise du droit foncier que traversent les Etats-Membres de l'OHADA. Cependant, leur efficacité pourrait être remise en cause à l'occasion de leur réalisation.

En effet, si nous nous intéressons au texte de l'article 253 de l'AUPSRVE, nous pouvons constater que la réalisation forcée d'une garantie personnelle est susceptible d'être mise en échec lorsqu'elle est exercée sur un immeuble non-immatriculé. Ce texte, en son premier alinéa, dispose que : « Si les immeubles devant faire l'objet de la poursuite ne sont pas immatriculés et si la législation nationale prévoit une telle immatriculation, le créancier est tenu de requérir l'immatriculation à la conservation foncière après y avoir été autorisé par décision du président de la juridiction compétente de la situation des biens, rendue sur requête et non susceptible de recours ».

Ainsi, lorsqu'un créancier souhaite procéder à la saisie d'un bien immobilier appartenant à un garant personnel, il doit vérifier si celui-ci a fait l'objet d'une immatriculation. En l'absence d'immatriculation, il est tenu de demander l'autorisation d'y procéder lui-même ; à moins que cette immatriculation ne soit pas prévue par l'Etat dans lequel est situé l'immeuble.

Modalités liées à l'immatriculation. La demande d'immatriculation de l'immeuble faisant l'objet de la mesure d'exécution doit intervenir avant que ne soit délivré le commandement aux fins de saisie, nécessaire à la validité de toute saisie immobilière. Lorsque la demande d'immatriculation fait défaut, la mesure d'exécution forcée est nulle⁸⁹⁶. Mais lorsque la demande d'immatriculation est régulièrement introduite par le créancier, la vente ne peut intervenir qu'après la délivrance du titre foncier.

La contrainte que représentent de telles exigences prend une dimension considérable lorsque celles-ci s'appliquent dans des Etats au sein desquels très peu de propriétaires privés font immatriculer leurs biens immobiliers d'une part ; et où les procédures d'immatriculation peuvent se révéler très longues d'autre part. Sachant que la vente du bien immobilier saisi n'est possible que postérieurement à l'obtention du titre foncier, le délai dans lequel la mesure d'exécution pourrait aboutir est susceptible d'être considérablement rallongé, et se révéler finalement dissuasif pour les créanciers.

SECTION III : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX

Notion. Le droit des régimes matrimoniaux désigne un « ensemble de règles relatives aux rapports pécuniaires des époux entre eux et à l'égard des tiers »⁸⁹⁷. Cette matière constitue un autre pan du droit qui pourrait avoir une influence considérable sur l'application du droit des affaires en général, et du Droit OHADA des garanties du crédit en particulier.

Caractéristiques principales. Beaucoup plus que les matières classiques du droit des affaires, le droit des régimes matrimoniaux est attaché à l'évolution des mœurs au sein de la société à laquelle elle s'applique. Un contraste peut par exemple être mis en relief en opposant les traits communs aux Etats-Membres de l'OHADA et les caractères du droit des régimes matrimoniaux

⁸⁹⁶ Article 253 alinéa 2 de l'AUPSRVE : « A peine de nullité, le commandement visé à l'article 254 ci-après ne peut être signifié qu'après le dépôt de la réquisition d'immatriculation et la vente ne peut avoir lieu qu'après la délivrance du titre foncier ».

⁸⁹⁷ F. TERRE, P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 7^{ème} édition, n° 1.

en France. Alors que ce dernier ne repose que sur des rapports de monogamie, et établit depuis la réforme du 23 décembre 1985 un principe d'égalité entre les époux, de nombreux Etats-Membres de l'OHADA admettent la polygynie⁸⁹⁸ et rejettent le principe d'égalité entre les époux au détriment de la femme^{899 900}.

Sans être aussi saisissantes, des divergences existent entre les Etats-Membres de l'OHADA eux-mêmes. Ces divergences portent notamment sur les règles relatives à la titularité ou à la gestion du patrimoine des époux.

Le législateur OHADA aurait certainement pu, dans un souci de cohérence, harmoniser les règles se rapportant aux relations patrimoniales des époux pouvant avoir une incidence sur l'application du droit des affaires en général, et du droit des garanties du crédit en particulier. Ce n'est malheureusement pas le choix qui a été effectué.

Plan. Afin d'apprécier au mieux les conditions d'efficacité des garanties du crédit du point de vue de l'influence des régimes matrimoniaux, il pourrait s'avérer utile d'opérer une distinction entre les législations qui instaurent une inégalité de principe entre les époux, principalement au profit du mari, concernant les pouvoirs de gestion qui leur sont reconnus sur leur patrimoine (§1) ; et les législations qui assurent, au contraire, des pouvoirs égalitaires aux époux (§2).

§1- Répartition inégalitaire du pouvoir de gestion du patrimoine des époux

Plan. La majorité des Etats-Membres de l'OHADA accordent au mari un pouvoir prépondérant dans la gestion du patrimoine des époux. Nous pouvons remarquer que, pendant que certains de ces pays continuent d'appliquer les règles relatives aux régimes matrimoniaux en vigueur à l'époque de la colonisation (I), d'autres ont fait l'effort d'adopter des règles qui leur sont propres (II).

⁸⁹⁸ De tous les Etats-Membres de l'OHADA, seuls le Bénin, la Côte d'Ivoire et la Guinée Conakry interdisent légalement la polygamie ; ce qui n'empêche pas la célébration de nombreux mariages polygames coutumiers.

⁸⁹⁹ Article 215 du code de la famille en République Démocratique du Congo (RDC) : « Sont incapables au terme de la loi : les mineurs ; les majeurs aliénés interdits ; les majeurs faibles d'esprit, affaiblis par l'âge ou infirmes sous curatelle. La capacité de la femme mariée trouve certaines limites conformément à la présente loi. »

⁹⁰⁰ Article 253 du code civil gabonais : « le mari est le chef de famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants. »

I- Garanties du crédit et droits des régimes matrimoniaux coloniaux maintenus

Application de dispositions anciennes du Code civil français. Au sein de l'espace OHADA, des pays tels que le Cameroun, le Niger, ou encore le Tchad, n'ont pas adopté, depuis la proclamation de leur indépendance, de législation propre en matière de droit des régimes matrimoniaux. Ils continuent par conséquent, à appliquer aux mariages civils qu'ils célèbrent, les règles héritées de la colonisation. Il est donc nécessaire, afin de déterminer le droit des régimes matrimoniaux appliqué dans ces pays, de se reporter au Code civil français, dans la version qui était la sienne à la fin des années 1950.

Régimes matrimoniaux applicables. Ainsi, au Cameroun, au Niger et au Tchad, les personnes qui font le choix de contracter un mariage civil, par opposition au mariage coutumier, peuvent voir leurs rapports patrimoniaux régis sous le régime de la communauté légale, le régime de la communauté conventionnelle, ou du régime exclusif de toute communauté.

Le régime de la communauté légale s'applique en l'absence de choix contraire des époux. Le régime organisé ici pourrait être qualifié de communauté des meubles et acquêts. Dans ce cadre, nous pouvons identifier trois patrimoines : un patrimoine commun aux époux, et un patrimoine propre à chacun des époux. Le patrimoine commun est composé de tous les biens meubles acquis par les époux, à titre onéreux ou gratuit, postérieurement ou antérieurement à la célébration du mariage⁹⁰¹ ; ainsi que des biens immeubles acquis à titre onéreux, postérieurement à la célébration du mariage⁹⁰². Le patrimoine propre comprend uniquement des biens immobiliers : ceux acquis par les époux antérieurement à la célébration du mariage ; et ceux qui leur ont été transférés par donation ou succession⁹⁰³.

Le régime de la communauté conventionnelle permet de réduire ou d'étendre le périmètre du patrimoine commun. Il pourrait par exemple s'agir de la réduire complètement aux acquêts ; ou au contraire de constituer une communauté universelle, rendant communs tous les biens

⁹⁰¹ Ancien article 1401 *ab initio* du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « La communauté se compose activement : de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire ».

⁹⁰² Ancien article 1402 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou de donation ».

⁹⁰³ Ancien article 1404 alinéa 1er du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, ou qui leur échoient pendant son cours à titre de succession, n'entre point en communauté ».

appartenant à l'un ou l'autre des époux, peu important le mode ou le moment de leur acquisition⁹⁰⁴.

Les régimes exclusifs de communauté sont ceux qui, soit prévoient un principe de séparation des biens ; soit écartent seulement la communauté des biens, sans être identiques au régime de la séparation des biens.

Pouvoir de gestion du patrimoine familial. Quel que soit le choix de régime matrimonial effectué par les époux, le mari est considéré comme le chef de famille. Il est tenu de remplir ce rôle « dans l'intérêt commun du ménage et des enfants »⁹⁰⁵.

Régimes communautaires. Dans les régimes communautaires, le mari bénéficie seul du pouvoir d'administrer les biens compris dans le patrimoine commun⁹⁰⁶ ; de même que ceux compris dans non seulement dans son patrimoine propre, mais également dans celui de la femme⁹⁰⁷.

Il lui est possible, sur le fondement du pouvoir qui lui est ainsi reconnu, de « vendre, aliéner et hypothéquer sans le concours de sa femme » les biens mobiliers et immobiliers qui font partie de la communauté⁹⁰⁸. *A contrario*, les femmes mariées sous un régime communautaire ne pourraient, en principe, régulièrement constituer une hypothèque sur un bien immobilier, ou consentir une garantie réelle mobilière sur un bien meuble entrant dans le patrimoine commun des époux.

Par ailleurs, il pourrait s'avérer utile de noter que, aucune garantie réelle ne pourrait être constituée sur un bien immobilier propre de la femme sans l'accord des deux époux, à l'exclusion des biens dits réservés de la femme, sur lesquels celle-ci a un pouvoir de libre disposition⁹⁰⁹. Le troisième alinéa de l'ancien article 1428 du Code civil français prévoyait en effet que : le « mari ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement ».

⁹⁰⁴ Ancien article 1497 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad.

⁹⁰⁵ Ancien article 213 alinéa 1^{er} du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad.

⁹⁰⁶ Ancien article 1421 alinéa 1^{er} du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Le mari administre seul les biens de la communauté ».

⁹⁰⁷ Ancien article 1428 alinéa 1^{er} du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme ».

⁹⁰⁸ Ancien article 1421 alinéa 2 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad.

⁹⁰⁹ Ancien article 224 alinéa 2 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Elle a sur les biens qui lui sont ainsi réservés le droits de disposition que la femme séparée de biens sur contrat possède sur ses biens personnels ».

Régimes séparatistes. Dans les régimes exclusifs de communauté, la répartition des pouvoirs d'administration ne sont pas les mêmes selon que le choix effectué est celui de la séparation des biens ou simplement celui de l'exclusion de biens communs. Dans le second cas, le mari se voit toujours reconnaître le pouvoir d'administrer les biens de la femme⁹¹⁰. Dans le premier cas, la femme conserve le pouvoir d'administrer librement ses biens⁹¹¹.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Concernant le pouvoir d'engager le patrimoine des époux, le mari engage par ses actes, ce patrimoine dans son ensemble. Y échappent seulement les biens dits réservés de la femme ; c'est-à-dire ceux acquis dans le cadre de l'activité professionnelle qu'elle exerce⁹¹² ; à moins que les créanciers n'établissent que les engagements ont été conclus dans l'intérêt du ménage⁹¹³. La femme a elle aussi, en vertu de la théorie du mandat tacite, le pouvoir d'engager tous le patrimoine des époux, lorsque l'obligation a été contractée dans l'intérêt du ménage⁹¹⁴. Dans l'hypothèse où ce mandat lui a été retiré, ou l'engagement pris ne présente pas un intérêt suffisant pour le ménage, la femme « ne peut obliger la communauté qu'avec le consentement du mari »⁹¹⁵.

Nous pouvons en tirer, du point de vue des garanties personnelles, le fait que, le cautionnement accordé pour garantir la dette d'un tiers présentant difficilement un intérêt pour le ménage, la femme qui consentirait seule un cautionnement n'engagerait généralement que ses biens propres ; tandis que le mari qui accorderait seul la même garantie, engagerait à la fois ses biens propres, les biens communs, et les biens propres de la femme, à l'exclusion des biens réservés, et des biens propres de la femme dans un régime de séparation des biens.

⁹¹⁰ Ancien article 1530 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « La clause portant que les époux se marient sans communauté, ne donne point à la femme le droit d'administrer ses biens, ni d'en percevoir les fruits : ces fruits sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du ménage ».

⁹¹¹ Ancien article 1536 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Lorsque les époux ont stipulé par leur contrat de mariage qu'ils seraient séparés de biens, la femme conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels ».

⁹¹² Ancien article 224 alinéa 1^{er} du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Lorsque la femme exerce une profession séparée de celle de son mari, les biens acquis par l'exercice de son activité professionnelle sont, sous tous les régimes, réservés à son administration et à sa jouissance pour toute la durée du mariage ».

⁹¹³ Ancien article 225 alinéa 2 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « Les créanciers du mari ou de la communauté peuvent également exercer leurs poursuites sur les biens réservés lorsqu'ils établissent que l'obligation a été contractée dans l'intérêt du mariage ».

⁹¹⁴ Ancien article 220 alinéa 1^{er} du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad : « La femme mariée a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins du ménage et d'employer pour cet objet les fonds qu'il laisse entre ses mains ».

⁹¹⁵ Ancien article 1426 du Code civil français applicable au Cameroun, au Niger et au Tchad.

II- Garanties du crédit et droits des régimes matrimoniaux réformés après les indépendances

Plan. Les Etats-Membres de l'OHADA ont, pour la plupart, adopté depuis leur déclaration d'indépendance, des textes qui leur sont propres en matière de régimes matrimoniaux. Il s'agit notamment de la R.D Congo (A), au Congo Brazzaville (B), de la Côte d'Ivoire (C), du Gabon (D), et du Sénégal (E).

A- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en R.D Congo

Régimes matrimoniaux adoptés. Les règles relatives au droit des régimes matrimoniaux applicable en R.D Congo, découlent d'une loi du 1^{er} août 1987 portant Code de la famille. Trois régimes différents y sont soumis au choix des époux : la séparation des biens ; la communauté réduite aux acquêts ; la communauté universelle.

Le régime de la séparation des biens répartit les biens des époux entre deux patrimoines dits propres : l'un est composé de tous les biens acquis à titre onéreux ou gratuit, par le mari, antérieurement ou postérieurement à la célébration du mariage ; l'autre, composé de manière identique, appartient à la femme⁹¹⁶.

Le régime de la communauté universelle, à l'opposé, ne fait ressortir qu'un seul patrimoine, commun. Celui-ci comprend, en principe, tous les biens acquis par chacun des époux à titre gratuit ou onéreux, antérieurement ou postérieurement à la célébration du mariage⁹¹⁷.

Le régime de la communauté réduite aux acquêts, applicable à défaut de choix contraire des époux⁹¹⁸, distingue trois patrimoines : deux patrimoines propres ; celui de la femme, et celui du mari ; et un patrimoine commun⁹¹⁹. Le patrimoine propre à chacun des époux est, en principe, constitué de biens dont ils étaient séparément propriétaires avant la célébration du mariage, et

⁹¹⁶ Article 505 du Code de la famille congolais : « Le régime de la séparation des biens consacre l'existence de deux patrimoines propres formés par tous les biens acquis à titre onéreux ou à titre gratuit par chacun des époux ainsi que par les dettes ».

⁹¹⁷ Article 533 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais : « Le régime de la communauté universelle consacre entre les époux la communauté de tous les biens, tant meubles qu'immeubles ainsi que leurs dettes présentes et à venir ».

⁹¹⁸ Article 489 du Code de la famille congolais : « Si les époux n'ont pas régulièrement opéré leur choix, le régime de la communauté réduite aux acquêts leur sera applicable ».

⁹¹⁹ Article 516 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais : « Le régime de la communauté réduite aux acquêts est composé, d'une part, des biens propres de chacun des époux et, d'autre part, des biens communs ».

de biens acquis postérieurement par donation, succession ou testament⁹²⁰. Pour sa part, le patrimoine commun est, en principe, composé de biens acquis à titre onéreux, postérieurement à la célébration du mariage⁹²¹.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le Code de la famille congolais met en place un véritable déséquilibre entre les époux quant à la répartition des pouvoirs de gestion de leur patrimoine. Il annonce initialement cette inégalité lorsqu'il prévoit, en son article 444, que : « Le mari est le chef du ménage. Il doit protection à sa femme ; la femme doit obéissance à son mari ».

Dans le sens du constat de cette inégalité, nous pouvons noter que, le mari bénéficie en R.D Congo, d'une présomption légale de gestion exclusive du patrimoine, non seulement commun, mais également propre des époux, indépendamment du choix du régime matrimonial⁹²². Ce pouvoir de gestion permet au mari d'administrer, de jouir, ou encore de disposer de l'ensemble des biens des époux. La femme n'a alors, quant à elle, qu'un simple pouvoir de représentation du mari ou un pouvoir de gestion de « biens réservés »⁹²³.

Toutefois, la réalisation régulière de certains actes de gestion est soumise à l'accord des deux époux. Il s'agit notamment des actes de disposition portant sur les biens immobiliers. Ainsi, la constitution d'une hypothèque sur une concession foncière ou un immeuble compris dans le patrimoine propre d'une personne mariée, ou dans le patrimoine commun des époux, ne saurait être efficace qu'à la condition que les deux époux y aient apporté leur accord⁹²⁴.

⁹²⁰ Article 516 alinéa 2 du Code de la famille congolais : « Sont propres les biens que chacun des époux possède au moment de la célébration ou de l'enregistrement du mariage ou qu'il acquiert postérieurement au mariage par donations, successions ou testaments ».

⁹²¹ Article 516 alinéa 3 du Code de la famille congolais : « Sont communs, et comme tels qualifiés acquêts, les biens que les époux acquièrent pendant le mariage par leur activité commune ou séparée ainsi que les biens conjointement acquis par les deux époux par donations, successions ou testaments ».

⁹²² Article 490 du Code de la famille congolais : « la gestion comprend tous les pouvoirs d'administration, de jouissance et de disposition, sous réserve des dispositions prévues par la loi. Quel que soit le régime matrimonial qui régit les époux, la gestion du patrimoine commun et propre est présumée être confiée au mari. »

⁹²³ Article 497 du Code de la famille congolais : « les biens acquis par la femme dans l'exercice d'une profession séparée de celle du mari et les économies en provenant constituent les biens qu'elle gère et administre. Si la gestion et l'administration de ces biens par la femme portent atteinte à l'harmonie et aux intérêts pécuniaires du ménage, le mari peut les assumer. »

⁹²⁴ Article 499 *ab initio* du Code de la famille congolais : « Quels que soient le régime matrimonial et la modalité de la gestion de ce régime, l'accord des deux époux est nécessaire pour : transférer une concession foncière commune ou propre, ordinaire ou perpétuelle ou la grever d'un droit d'emphytéose, de superficie, d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'hypothèque ou d'une servitude ; aliéner, par incorporation, un immeuble commun ou propre ou le grever d'un droit réel d'emphytéose, de superficie, d'usufruit, d'usage, d'habitation, d'hypothèque ou d'une servitude et d'un bail de plus de neuf ans ».

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Concernant le pouvoir d'engager le patrimoine des époux, nous pouvons retenir que le mari en est le titulaire. La femme n'en est pas privée, puisque la loi lui reconnaît un mandat tacite de conclure des conventions relatives aux charges du ménage⁹²⁵. Sont classées dans la catégorie des charges du ménage, celles qui sont « nécessaires à l'entretien quotidien du ménage ainsi qu'à l'éducation des enfants »⁹²⁶. Les conventions ainsi contractées engagent solidairement les époux ; et ils en répondent tant sur leur patrimoine commun que sur leurs biens propres⁹²⁷.

Toutefois en matière de garanties personnelles, les conventions de cautionnement conclues afin de garantir la dette d'un tiers ne sont efficaces à l'égard de l'ensemble du patrimoine de personnes mariées, lorsque la somme garantie est supérieure à 5000 Zaïres, qu'à la condition que les deux époux donnent leur accord⁹²⁸. En l'absence d'un tel accord, seul le patrimoine propre de l'époux ayant contracté se trouve engagé.

Par conséquent, du point de vue des garanties réelles, seules celles qui sont mobilières pourraient être régulièrement accordées par un seul des époux, en l'occurrence le mari. Du point de vue des garanties personnelles, en particulier des conventions de cautionnement, ne peuvent engager l'ensemble du patrimoine des époux, lorsqu'elles sont passées par un seul d'entre eux, que celles qui garantissent le paiement de sommes inférieures à 5000 Zaïres.

B- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Congo Brazzaville

Régimes matrimoniaux applicables. Au Congo, les règles relatives au droit des régimes matrimoniaux émanent principalement de la loi du 17 octobre 1984 portant Code de la famille. Ce texte détermine trois régimes différents : la communauté réduite aux acquêts ; la communauté conventionnelle ; et la séparation des biens⁹²⁹.

⁹²⁵ Article 477 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais : « Le mari dispose du pouvoir de conclure des contrats relatifs aux charges du ménage ; la femme, en application de la théorie du mandat domestique tacite, peut aussi conclure les mêmes contrats ».

⁹²⁶ Article 476 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais.

⁹²⁷ Article 477 alinéa 2 du Code de la famille congolais : « Les époux répondent solidairement des dettes ainsi contractées ».

⁹²⁸ Article 499 *in fine* du Code de la famille congolais : L'accord des deux époux est nécessaire pour « cautionner la dette d'un tiers pour un montant supérieur à 5000 Zaïres, sur les biens communs ou propres de l'autre époux ».

⁹²⁹ Article 207 du Code de la famille congolais.

Le régime de communauté réduite aux acquêts fait office de régime par défaut lorsque les époux sont mariés sous le statut de la monogamie. Mais lorsque le statut choisi est celui de la polygamie, le régime de la séparation des biens est imposé aux époux⁹³⁰.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le législateur fait du mari, le chef de famille⁹³¹. Il lui reconnaît, en plus du pouvoir de gestion exclusive dont dispose chacun des époux sur son patrimoine, celui d'administrer seul les biens compris dans le patrimoine commun⁹³². Cependant, ce pouvoir est limité, en ce que l'accord de la femme est également exigé, lorsque l'acte qui doit être conclu est un acte de disposition « emportant aliénation totale ou partielle à titre onéreux ou gratuit d'un immeuble, d'un fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables »⁹³³.

Une lecture extensive, correspondant à l'esprit de ce texte devrait interdire toute constitution de garantie par le mari seul, lorsque celle-ci porte sur un immeuble, un fonds de commerce ou des droits sociaux négociables composant le patrimoine commun des époux.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Par ailleurs, les actes passés par l'un ou l'autre des époux, engagent l'ensemble du patrimoine familial, lorsqu'ils sont justifiés par les charges du mariage. En effet, l'article 174 du Code de la famille congolais dispose en son premier alinéa que : « Chacun des époux a le pouvoir de faire tous les actes justifiés par les charges du mariage. Toute dette contractée pour cet objet oblige solidairement les époux à l'égard des tiers ».

Appliqué aux garanties personnelles, ce principe devrait aboutir à ce que les actes de cautionnement conclus par un seul conjoint n'engagent que les biens compris dans le patrimoine propre de celui-ci.

C- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en Côte d'Ivoire

Régimes matrimoniaux applicables. Le droit des régimes matrimoniaux ivoirien est organisé par une loi du 7 octobre 1964, relative au mariage, modifiée par la loi du 2 août 1983. Ce texte

⁹³⁰ Article 209 du Code de la famille congolais : « Les époux mariés sous le régime de la monogamie peuvent choisir l'un des trois régimes matrimoniaux prévus à l'article 207. En l'absence de tout choix, ils sont placés sous le régime de droit commun de la communauté réduite aux acquêts ainsi qu'il est dit à l'article 142. Les époux mariés sous le régime de la polygamie sont placés sous le régime de la séparation des biens ».

⁹³¹ Article 168 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais : « Le mari est chef de la famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du mariage et des enfants ».

⁹³² Article 217 alinéa 1^{er} du Code de la famille congolais : « Les biens communs sont administrés par le chef de la famille ».

⁹³³ Article 217 alinéa 2 du Code de la famille congolais.

prévoit deux types de régimes matrimoniaux : la communauté de biens et la séparation des biens⁹³⁴.

La communauté de biens est le régime qui s'impose aux époux à défaut de choix contraire. Ce régime correspond, au regard des règles prévues par le législateur ivoirien, à ce qu'on désigne classiquement sous le terme de régime de communauté réduite aux acquêts. En effet, le législateur ivoirien y distingue d'une part, les biens propres à chaque époux, et d'autre part les biens communs. Les biens communs comprennent ici, tous les biens acquis à titre onéreux postérieurement à la célébration du mariage⁹³⁵. Quant aux biens propres, y figurent les biens acquis par les époux antérieurement à la célébration du mariage, ainsi que ceux acquis postérieurement en raison d'une donation ou d'une succession⁹³⁶.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le mari est également en droit ivoirien, considéré comme le chef de famille⁹³⁷. Lui est reconnu le pouvoir d'administrer, en plus des biens compris dans son patrimoine propre⁹³⁸, les biens du patrimoine commun⁹³⁹. La femme ne dispose quant à elle, que du pouvoir d'administrer, outre ses biens propres, ses biens réservés⁹⁴⁰.

Les pouvoirs reconnus au mari sur le patrimoine commun lui permettent de conclure seul, des actes d'administration et de disposition. Toutefois, ces pouvoirs sont plus limités, le concours de la femme étant nécessaire, lorsqu'il s'agit d'« aliéner ou grever de droits réels, les immeubles, fonds de commerce ou exploitations dépendant de la communauté »⁹⁴¹.

Par conséquent, toute hypothèque consentie sur un bien immobilier commun, et tout acte de nantissement de fonds de commerce commun, nécessite l'accord des deux époux. Par contre, les autres garanties réelles mobilières pourraient tout à fait être constituées par le mari seul, sur les biens composant le patrimoine commun.

⁹³⁴ Article 69 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 : « Le mariage a pour effet de créer entre les époux une communauté de biens à moins que ceux-ci ne déclarent expressément opter pour le régime de la séparation des biens ».

⁹³⁵ Article 76 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964.

⁹³⁶ Article 75 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964.

⁹³⁷ Article 58 alinéa 1^{er} de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 : « Le mari est le chef de famille. Il exerce cette fonction dans l'intérêt commun du ménage et des enfants ».

⁹³⁸ Article 83 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 : « Chaque époux a l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres ».

⁹³⁹ Article 79 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 : « Sous réserve de ce qui est dit aux articles 68, 76 et 81, les biens communs sont administrés par le mari ».

⁹⁴⁰ Article 80 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964 : « La femme a, pour administrer les biens réservés, les mêmes pouvoirs que ceux attribués au mari pour administrer les autres biens communs ».

⁹⁴¹ Article 81 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Par ailleurs, nous pouvons constater que, par leurs actes, les époux peuvent l'un et l'autre engager le patrimoine commun et les patrimoines propres, lorsque ces actes visent à répondre aux besoins et charges du ménage⁹⁴². A défaut, les actes contractés par le mari engageront uniquement son patrimoine propre et le patrimoine commun, à l'exclusion des biens réservés. Et les actes contractés par la femme n'engageront que ses biens propres et les biens réservés.

Appliqués aux garanties personnelles, ces développements nous permettent d'estimer que, l'acte de cautionnement garantissant la dette d'un tiers, pourrait difficilement répondre aux besoins et charges du ménage, sa conclusion par le mari devrait engager les biens communs et ses biens propres. Mais sa conclusion par la femme ne devrait engager que ses biens propres et réservés.

D- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Gabon

Régimes matrimoniaux envisagés. Les règles relatives au droit des régimes matrimoniaux sont contenues dans le Code civil gabonais, adopté, pour sa première partie, par une loi du 29 juillet 1972, et pour sa seconde partie, par une loi du 30 décembre 1989. Il en ressort que, les époux ayant fait le choix de la polygamie voient leurs rapports patrimoniaux régis sous le régime de la séparation des biens. En ce qui concerne les époux adoptant le statut de la monogamie, une option entre trois régimes matrimoniaux différents leur est proposée⁹⁴³. Ils peuvent choisir entre la communauté des biens, la séparation des biens, ou encore un régime conventionnel.

Le régime de communauté établi ici, s'apparente surtout à une communauté réduite aux acquêts. En effet, chacun des époux conserve un patrimoine propre, composé de biens acquis antérieurement à la célébration du mariage, ainsi que de biens postérieurement acquis par donation ou succession⁹⁴⁴.

⁹⁴² Article 84 de la loi ivoirienne du 7 octobre 1964.

⁹⁴³ Article 305 du Code civil gabonais : « Les époux sont placés sous le régime de la séparation des biens tel que défini aux articles 368 à 373 du présent code. Toutefois, lorsqu'il y'aura mariage avec engagement de monogamie, le régime matrimonial est expressément choisi par les époux lors de la célébration du mariage. Ce choix portera soit sur le régime de la communauté tel que défini au chapitre II du présent titre, soit sur le régime de séparation de biens, soit sur un régime conventionnel fixé par contrat, conformément à l'article 306 du présent code ».

⁹⁴⁴ Article 321 alinéa 1^{er} du Code civil gabonais : Les biens qu'un époux possède à la date du mariage ou qu'il acquiert postérieurement au mariage par succession ou legs demeurent la propriété personnelle de celui-ci ».

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le mari est, en droit gabonais, désigné comme « le chef de famille »⁹⁴⁵. L'un des avantages liés à cette fonction est le pouvoir d'administration exclusif qui lui est reconnu sur les biens compris dans le patrimoine commun des époux⁹⁴⁶, en plus du pouvoir de gestion dont dispose chaque époux sur son patrimoine propre.

Le pouvoir exclusif d'administration du mari sur le patrimoine commun est néanmoins limité lorsqu'il s'agit d'effectuer des actes de disposition sur certains biens communs, en ce qu'il est nécessaire de solliciter le consentement de la femme pour que l'acte soit valablement conclu. C'est notamment le cas pour ce qui concerne la constitution d'une garantie réelle sur un bien immobilier, un fonds de commerce, ou une exploitation faisant partie du patrimoine commun⁹⁴⁷.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Du point de vue du pouvoir d'engager le patrimoine familial, nous pouvons constater que la femme se voit reconnaître non seulement un pouvoir légal de représentation du mari pour les actes relatifs aux besoins courants du ménage⁹⁴⁸. Ensuite, le législateur gabonais estime que chaque époux se trouve engagé par les actes contractés par l'autre, lorsqu'ils concernent l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants⁹⁴⁹.

Les garanties personnelles, consenties pour garantir la dette de tiers, pourraient difficilement répondre aux besoins courants du ménage ou concerner l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants. Par conséquent, le cautionnement consenti par la femme seule, ne devrait engager que le patrimoine propre du constituant. Celui accordé par le mari devrait engager tant le patrimoine propre de celui-ci, que le patrimoine commun.

⁹⁴⁵ Article 253 du Code civil gabonais.

⁹⁴⁶ Article 335 du Code civil gabonais : « Le mari administre seul la communauté, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion ».

⁹⁴⁷ Article 336, 2° du Code civil gabonais : Le mari ne peut sans le consentement de sa femme « disposer à titre onéreux des immeubles, des fonds de commerces et exploitations dépendant de la communauté, ainsi que des meubles affectés à la vie courante du ménage, ou à l'exercice de la profession commune des époux, ni grever sur ces biens des droits réels, ni en constituer des sûretés réelles ».

⁹⁴⁸ Article 257 alinéa 1^{er} du Code civil gabonais : « La femme a, sous tous les régimes, le pouvoir de représenter le mari pour les besoins courants du ménage, et d'employer pour ces besoins les fonds qu'il laisse entre ses mains ».

⁹⁴⁹ Article 258 alinéa 1^{er} du Code civil gabonais : « Chacun des époux est tenu des engagements contractés par l'autre pour l'entretien du ménage et l'éducation des enfants ».

E- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Sénégal

Régimes matrimoniaux envisagés. Au Sénégal, les dispositions relatives au droit des régimes matrimoniaux sont contenues dans un Code de la famille. Le législateur sénégalais distingue trois régimes matrimoniaux différents : le régime de séparation des biens ; le régime dotal ; et le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts⁹⁵⁰.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial dans le cadre du régime légal. Le droit sénégalais fait du régime de séparation des biens, le régime légal ; les époux souhaitant voir leurs rapports régis par l'un des deux autres régimes devant expressément affirmer leur choix⁹⁵¹. Dans le cadre du régime de séparation des biens, chacun des époux peut librement administrer et disposer de ses biens⁹⁵². Ce qui leur permet de constituer valablement seuls, des garanties réelles sur leurs biens mobiliers ou immobiliers.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial dans le cadre du régime dotal. Le régime dotal est un régime séparatiste distinguant dans le patrimoine de la femme, deux masses de biens inaliénables : l'une se composant de biens dits dotaux, administrés par le mari ; l'autre se composant de biens dits paraphernaux, administrés par la femme elle-même.

Au regard des dispositions du Code de la famille sénégalais, peuvent constituer des biens dotaux, « les biens donnés à la femme à l'occasion de son mariage par d'autres personnes que son conjoint »⁹⁵³. Le législateur sénégalais limite d'ailleurs la catégorie de biens pouvant être soumis au régime dotal. Ce sont : les immeubles immatriculés ; les valeurs mobilières déposées dans une banque à un compte dit dotal ; les animaux constituant un cheptel et leur croit⁹⁵⁴. Ces biens sont administrés par le mari⁹⁵⁵. Etant cependant, en principe, inaliénables, ils ne peuvent normalement être l'objet de garanties réelles. C'est en ce sens que le Code de la famille

⁹⁵⁰ Article 368 alinéa 2 du Code de la famille sénégalais.

⁹⁵¹ Article 368 alinéa 3 du Code de la famille sénégalais : « La séparation des biens constitue le régime de droit commun ; mais les époux peuvent choisir l'un des deux autres régimes organisés par la loi ».

⁹⁵² Article 380 alinéa 1^{er} du Code de la famille sénégalais : « Chacun des époux conserve dans le régime de la séparation des biens l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels, il doit contribuer aux charges du mariage selon les dispositions de l'article 375 ».

⁹⁵³ Article 384 alinéa 1^{er} du Code de la famille sénégalais.

⁹⁵⁴ Article 384 alinéa 2 du Code de la famille sénégalais.

⁹⁵⁵ Article 385 du Code de la famille sénégalais : « Les biens soumis au régime dotal sont remis au mari. Celui-ci les administre pendant le mariage, en bon père de famille ».

sénégalais prive de validité l'hypothèque constituée sur un bien immobilier soumis au régime dotal ; qu'elle soit le fait du mari, de la femme, ou de l'action conjointe des deux⁹⁵⁶.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial dans le cadre du régime communautaire de participation aux meubles et acquêts. Le régime communautaire de participation aux meubles et acquêts est un régime qui, pendant la durée du mariage, présente les caractéristiques de la séparation des biens ; et à sa dissolution, produit les effets de la communauté des meubles et acquêts⁹⁵⁷. Ainsi au cours du mariage, il n'existe pas de patrimoine commun. Chacun des époux peut, en principe, librement administrer et disposer seul de ses biens.

Cependant, les actes de disposition portant sur certains types de biens ne sauraient être réguliers sans le consentement des deux époux. Il s'agit notamment de biens immeubles, de fonds de commerce ; et de droits sociaux non négociables⁹⁵⁸. Par conséquent, les hypothèques, et nantissements sur fonds de commerce ou droits sociaux non négociables ne pourraient être valablement conclus sans un accord des deux époux.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Pour ce qui est du pouvoir d'engager le patrimoine familial, nous pouvons retenir qu'en principe, dans le régime de séparation des biens, chaque époux n'engage, par ses actes, que son patrimoine⁹⁵⁹. Tandis que dans le régime communautaire, chacun des époux engage par ses actes, l'ensemble du patrimoine du couple⁹⁶⁰.

Par conséquent, alors que tout cautionnement accordé par un seul époux ne devrait engager que le patrimoine du constituant dans le cadre du régime séparatiste, il devrait engager le patrimoine des deux époux dans le cadre du régime communautaire.

Nous pouvons par ailleurs ajouter que, chacun des époux se voit reconnaître le pouvoir d'engager seul la totalité du patrimoine familial, indépendamment du régime matrimonial

⁹⁵⁶ Article 386 alinéa 1^{er} du Code de la famille sénégalais : « L'application du régime dotal à un immeuble doit être mentionnée au registre foncier. Cet immeuble ne peut être aliéné ou hypothéqué ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement, sauf les exceptions qui suivent ».

⁹⁵⁷ Article 389 du Code de la famille sénégalais : « Quand les époux ont déclaré se marier sous le régime communautaire, leurs biens sont gérés, pendant le mariage, comme sous le régime de la séparation des biens, et liquidés, à la dissolution du régime, comme si les époux étaient communs en biens sous réserve des règles établies ci-après ».

⁹⁵⁸ Article 391 alinéa 1^{er} du Code de la famille sénégalais : « Ne peuvent être faits que du consentement des époux les actes de disposition emportant aliénation totale ou partielle, à titre onéreux ou gratuit, d'immeubles, de fonds de commerce, ou de droits sociaux non négociables ».

⁹⁵⁹ Article 380 alinéa 2 du Code de la famille sénégalais : « Chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage, hors le cas prévu à l'article 375 ».

⁹⁶⁰ Article 390 alinéa 3 du Code de la famille sénégalais : « Les actes que l'un des époux fait seul sont opposables à l'autre et emportent de plein droit solidarité des deux époux ».

choisi, lorsque l'acte passé vise à pourvoir à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants⁹⁶¹. Les actes de cautionnement devraient péniblement pouvoir afficher une telle caractéristique.

§2- Attribution égalitaire des pouvoirs de gestion des époux

Plan. Suivant un processus de modernisation de leur droit interne, plusieurs Etats-Membres de l'OHADA ont adopté un droit des régimes matrimoniaux assurant une certaine égalité entre les époux quant aux droits pouvant être exercés sur les biens compris dans le patrimoine du couple. C'est en particulier le cas du Bénin (I), du Burkina Faso (II), de la Centrafrique (III), des Comores (IV), du Mali (V) et du Togo (VI).

I- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Bénin

Régimes matrimoniaux organisés. Le Bénin organise le droit des régimes matrimoniaux au sein d'un Code des personnes et de la famille adopté à l'occasion d'une loi du 7 juin 2002. Il y est plus ou moins clairement affirmé le caractère égalitaire des pouvoirs reconnus aux époux. En particulier lorsqu'il est indiqué que, « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille »⁹⁶². Le législateur béninois organise principalement deux types de régimes matrimoniaux : le régime de séparation des biens et le régime de communauté réduite aux acquêts. Est en outre expressément admise, la possibilité d'opter, par contrat de mariage, pour une version aménagée du régime de communauté réduite aux acquêts⁹⁶³.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le régime de séparation des biens est considéré comme le régime légal. Il est en effet prévu à l'article 184 du Code des personnes et de la famille béninois que : « A défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation des biens ». Il laisse à chacun des époux, la libre administration et la libre disposition

⁹⁶¹ Article 375 alinéa 4 du Code de la famille sénégalais : « Chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats relatifs aux charges du ménage. L'autre époux répond solidairement aux dettes ainsi contractées ».

⁹⁶² Article 155 du Code des personnes et de la famille béninois.

⁹⁶³ Article 219 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille béninois : « Les époux peuvent, par un contrat de mariage, modifier la communauté réduite aux acquêts par toute espèce de conventions non contraires aux articles 164 à 176 ».

des biens compris dans son patrimoine propre⁹⁶⁴. Ce qui permet à la femme ou au mari de constituer valablement, seul, des garanties réelles sur ses biens.

Dans le cadre du régime de communauté réduite aux acquêts, chacun des époux dispose du pouvoir d'administrer et de disposer, seul, des biens de la communauté⁹⁶⁵, en plus de ses biens propres⁹⁶⁶. Cependant, il faut souligner que, pour l'accomplissement de certains actes portant sur les biens communs, l'accord des deux époux est indispensable. C'est en particulier le cas en ce qui concerne les actes de disposition ayant pour objet des biens immobiliers, des fonds de commerce ou des exploitations dépendant de la communauté⁹⁶⁷. Ainsi, l'accord des deux époux est requis pour la régularité des hypothèques et nantissements constitués sur ces types de biens.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Du point de vue du pouvoir d'engager, par ses actes, le patrimoine familial, notons que lorsque les rapports patrimoniaux des époux sont régis par la séparation des biens, chacun n'engage, en principe, que ses biens propres par ses actes⁹⁶⁸.

Lorsque le régime choisi est la communauté réduite aux acquêts, les actes passés par un époux seul, engagent non seulement ses biens propres, mais également le patrimoine commun⁹⁶⁹. Certains types d'actes sont toutefois limités dans leurs effets. C'est le cas du cautionnement, qui n'engage, lorsqu'il est passé seul, que le patrimoine propre du constituant et ses revenus⁹⁷⁰.

⁹⁶⁴ Article 185 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille béninois : « Chacun des époux conserve dans la séparation des biens l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens propres, sous réserve d'assurer sa contribution aux charges du ménage ».

⁹⁶⁵ Article 202 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille béninois : « Les biens communs autres que les gains, salaires et revenus des époux et les biens qu'ils ont acquis dans l'exercice d'une profession séparée sont administrés par l'un ou l'autre des époux. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».

⁹⁶⁶ Article 203 du Code des personnes et de la famille béninois : « Chacun des époux administre ses biens personnels et en perçoit les revenus ».

⁹⁶⁷ Article 202 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille béninois.

⁹⁶⁸ Article 185 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille béninois : « Chaque époux reste seul tenu des dettes nées de son chef avant ou pendant le mariage hors les cas prévus à l'article 179 ».

⁹⁶⁹ Article 195 du Code des personnes et de la famille béninois : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier et sauf récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

⁹⁷⁰ Article 200 du Code des personnes et de la famille béninois : « Chacun des époux ne peut s'engager que sur ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses propres biens ».

II- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Burkina Faso

Régimes matrimoniaux envisagés. Le droit des régimes matrimoniaux burkinabé est contenu dans un Code des personnes et de la famille. Le législateur y organise deux types de régimes matrimoniaux : la séparation des biens et la communauté réduite aux acquêts. Il accorde en plus, expressément, la possibilité de faire le choix d'un régime de communauté aménagé⁹⁷¹.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le régime de communauté réduite aux acquêts est le régime qui s'impose aux époux à défaut de choix lorsque le mariage est célébré sous un statut monogamique. Il permet à chacun des deux époux, d'administrer et de disposer librement de ses biens propres⁹⁷². Il en est de même pour ce qui relève de la gestion des biens propres dans un régime séparatiste⁹⁷³. Ce régime s'impose aux époux lorsqu'ils font le choix d'un statut polygamique.

En outre, chacun des époux peut, en principe, administrer ou disposer seul des biens composant le patrimoine commun⁹⁷⁴. Par exception, certains actes de disposition ne peuvent être régulièrement passés sans l'accord des deux époux. Ce sont notamment ceux qui portent sur des biens immobiliers, des fonds de commerce et des exploitations compris dans le patrimoine commun⁹⁷⁵. Ainsi, la validité des garanties réelles constituées sur ces biens, nécessite l'accord des deux époux.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Par ailleurs, concernant le pouvoir d'engager le patrimoine familial, notons que, dans le régime séparatiste, un époux contractant seul, n'engage en principe, que son patrimoine propre⁹⁷⁶. Dans le cadre du régime communautaire, l'époux agissant seul, n'engage en principe que son patrimoine propre et le patrimoine commun⁹⁷⁷. Dans

⁹⁷¹ Article 348 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille burkinabé : « Les époux peuvent, par un contrat de mariage, modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 311 à 313 ».

⁹⁷² Article 332 du Code des personnes et de la famille burkinabé : « Chacun des époux administre ses biens personnels et en perçoit les revenus. Il peut disposer librement de ces biens ».

⁹⁷³ Article 349 du Code des personnes et de la famille burkinabé : «

⁹⁷⁴ Article 331 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille burkinabé : « Les biens communs autres que les gains, salaires et revenus des époux et les biens qu'ils ont acquis dans l'exercice d'une profession séparée sont administrés par l'un ou l'autre des époux. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».

⁹⁷⁵ Article 331 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille burkinabé.

⁹⁷⁶ Article 349 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille burkinabé : « Chaque époux reste seul tenu des dettes nées de son chef avant ou pendant le mariage, hors le cas prévu à l'article 304 »

⁹⁷⁷ Article 324 du Code des personnes et de la famille burkinabé : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier et sauf récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

ces deux cas, le patrimoine du couple n'est susceptible d'être engagé dans sa totalité que lorsque l'acte passé a permis de répondre aux charges du mariage⁹⁷⁸.

Toutefois, les actes de cautionnement consentis par un époux seul, ont un effet limité. Ils n'engagent que le patrimoine propre de celui qui a contracté, de même que ses revenus. Le législateur burkinabé affirme en effet, à l'article 329 du Code des personnes et de la famille, que : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses propres biens ».

III- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en Centrafrique

Régimes matrimoniaux applicables. Le droit des régimes matrimoniaux est, en République Centrafricaine, régi par le Code de la famille. Quatre régimes différents y sont envisagés⁹⁷⁹ : la communauté réduite aux acquêts ; la communauté conventionnelle ; la participation aux acquêts, qui exclut toute communauté de biens, et soumet au statut classique de l'indivision, les biens acquis ensemble par les époux^{980 981} ; et la séparation des biens. En l'absence de choix expressément formulé de la part des époux, le régime sous lequel sont organisés leurs rapports patrimoniaux est celui de la communauté réduite aux acquêts⁹⁸².

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Bien que le Code de la famille centrafricain désigne le mari comme le chef de famille⁹⁸³, il organise une gestion égalitaire du patrimoine des époux. Tout d'abord, il admet que chacun des époux puisse, engager l'ensemble du patrimoine familial, en concluant seul un acte visant à combler les besoins du ménage, ou à assurer l'éducation des enfants⁹⁸⁴.

⁹⁷⁸ Article 304 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille burkinabé

⁹⁷⁹ Article 359 du Code de la famille centrafricain.

⁹⁸⁰ Article 437 du Code de la famille centrafricain : « Chaque époux reste seul propriétaire de tous ses biens, présents et futurs, acquis à titre gratuit ou à titre onéreux avant et pendant le mariage ».

⁹⁸¹ Article 438 du Code de la famille centrafricain : « Si, pendant le mariage, les époux acquièrent ensemble le même bien, celui-ci ne sera pas soumis au statut des biens communs, mais à une indivision ordinaire soumise au droit commun de l'indivision ».

⁹⁸² Article 360 du Code de la famille centrafricain : « Le régime légal ou de droit commun est celui de la communauté réduite aux acquêts. Il s'applique aux époux à défaut de contrat de mariage ».

⁹⁸³ Article 254 du Code de la famille centrafricain : « Le mari est le chef de famille. Il exerce ce pouvoir dans l'intérêt commun du ménage et des enfants ».

⁹⁸⁴ Article 262 alinéa 2 du Code de la famille centrafricain : « Chacun des époux a le pouvoir de faire les actes justifiés par les besoins du ménage et l'éducation des enfants. Les dettes ainsi contractées obligent solidairement les époux à l'égard des tiers ».

Il permet ensuite à chacun des époux d'administrer, non seulement les biens lui appartenant en propre, à titre exclusif, mais également les biens compris dans le patrimoine commun⁹⁸⁵. C'est en particulier le cas pour ce qui est des actes d'administration ou de disposition relatifs aux biens mobiliers composant le patrimoine commun des époux⁹⁸⁶. Par conséquent, les garanties réelles qui seraient constituées sur des biens mobiliers du patrimoine commun, pourraient être régulières en dépit de l'absence d'accord d'un des conjoints. Font toutefois exception à ce principe, les biens meubles meublant le logement familial. Les actes portant ces biens sont, en effet, susceptibles d'être annulés lorsqu'ils n'ont pas été conclus par les deux époux⁹⁸⁷.

Mais, certains actes ne pourraient être valablement accomplis sur les biens communs sans l'accord des deux époux. C'est notamment le cas des actes de disposition portant sur les biens immobiliers ou les fonds de commerce. Ainsi, l'hypothèque portant sur un bien immobilier inclus dans le patrimoine commun, ou le nantissement d'un fonds de commerce commun, ne pourrait être efficace sans l'accord des deux époux.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. D'autres actes ne pourraient avoir qu'une efficacité limitée en l'absence d'accord d'un des époux. C'est le cas des conventions de cautionnement, qui n'engagent que les biens propres de l'époux qui a conclu seul l'acte. Ici, le patrimoine commun ne peut être engagé qu'avec le consentement de l'autre époux⁹⁸⁸.

IV- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux aux Comores

Régimes matrimoniaux envisagés. Le Code de la famille comorien, adopté à l'occasion d'une loi du 23 décembre 2001, prévoit assez peu de règles relatives au droit des régimes matrimoniaux. Il semble faire du régime de séparation des biens, le régime légal, que les parties pourraient toutefois écarter en prévoyant un contrat de mariage.

⁹⁸⁵ Article 382 alinéa 1^{er} du Code de la famille centrafricain : « Les biens communs, autres que les gains, salaires et revenus des époux et les biens qu'ils ont acquis dans l'exercice d'une profession séparée sont administrés par l'un ou l'autre des époux. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre ».

⁹⁸⁶ Article 259 du Code de la famille centrafricain : « Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé à l'égard des tiers de bonne foi avoir le pouvoir de faire seul cet acte ».

⁹⁸⁷ Article 256 alinéa 1^{er} du Code de la famille centrafricain : « Les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille ni des meubles meublant dont il est garni ».

⁹⁸⁸ Article 380 du Code de la famille centrafricain : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses propres biens ».

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Dans le cadre de ce régime de séparation des biens, chacun des époux se voit reconnaître le pouvoir de gérer librement son patrimoine, en administrant ou en disposant des biens le composant⁹⁸⁹.

Il en ressort que, la validité des garanties réelles constituées par un seul époux ne devrait pas être affectée, dès lors que le bien qui en ferait l'objet serait compris dans le patrimoine propre du constituant.

Nous pouvons néanmoins noter que le Code de la famille comorien envisage la possibilité que les époux puissent avoir des biens communs. Il pose notamment une présomption simple de communauté des biens immobiliers acquis par les époux postérieurement à la célébration du mariage⁹⁹⁰. Mais ces biens communs devraient dans ce contexte, répondre au régime des biens en indivision.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. La tendance séparatiste imprimée par le législateur comorien devrait se traduire par le fait que, par les actes qu'il passe, chacun des époux engage uniquement son patrimoine propre. Ainsi, le cautionnement consenti par un seul époux ne devrait engager que ses biens propres.

V- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Mali

Régimes matrimoniaux organisés. Le droit des régimes matrimoniaux est régi au Mali par les dispositions du Code de la famille tel qu'issu d'une loi du 30 décembre 2011. Le législateur malien y organise quatre régimes différents : la communauté universelle ; la communauté réduite aux acquêts ; la communauté conventionnelle ; et la séparation des biens⁹⁹¹.

Le régime de séparation des biens est désigné comme régime légal ; que les époux aient fait le choix de la monogamie ou de la polygamie. Toutefois, dans le cadre de mariages conclus sous

⁹⁸⁹ Article 83 alinéa 1^{er} du Code de la famille comorien : « Sauf stipulation contraire de leur contrat de mariage, les époux sont séparés de biens, et chacun d'eux conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels ».

⁹⁹⁰ Article 83 alinéa 2 du Code de la famille comorien : « En l'absence de preuve de leur caractère propre, les biens immeubles acquis au cours du mariage, à l'exception des biens successoraux, sont communs aux deux époux ».

⁹⁹¹ Article 385 du Code de la famille malien.

statut monogamique, les époux ont la possibilité d'écarter le régime légal pour l'un des trois autres régimes⁹⁹².

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le mari est, en droit malien, « le chef de famille »⁹⁹³. Mais cette primauté ne se manifeste pas dans la gestion du patrimoine familial. D'une part, chacun des époux peut librement gérer son patrimoine propre⁹⁹⁴. D'autre part, la loi accorde à chaque époux le pouvoir d'administrer ou de disposer seul des biens compris dans le patrimoine commun⁹⁹⁵.

Cependant, les époux ne peuvent conclure l'un sans l'autre certaines catégories d'actes. C'est en particulier le cas concernant les garanties réelles constituées sur des biens immobiliers, des exploitations, des droits sociaux non négociables, ou des biens mobiliers dont l'aliénation est soumise à publicité, lorsque ceux-ci sont compris dans le patrimoine commun.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. La primauté du mari ne se manifeste par ailleurs pas du point de vue du pouvoir d'engager le patrimoine familial. En effet chaque époux peut, par ses actes, engager le patrimoine commun. En effet, le Code de la famille malien, en son article 412, dispose : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier et sauf la récompense due à la communauté, s'il y a lieu ».

Néanmoins, en matière de garanties personnelles, les effets des actes passés par un seul époux sont limités. Le cautionnement consenti par un époux seul n'engage en effet que les biens propres du constituant, ainsi que ses revenus⁹⁹⁶.

⁹⁹² Article 388 du Code de la famille malien : « Le régime de la séparation des biens est le régime légal dans les mariages contractés sous l'option de la polygamie ou de la monogamie. Les époux qui optent pour la monogamie ont la faculté de choisir un des régimes de communauté des biens prévus au titre III du livre II du présent code ».

⁹⁹³ Article 319 du Code de la famille malien.

⁹⁹⁴ Article 419 du Code de la famille malien : « Chacun des époux a l'administration et la jouissance de ses biens propres. Il peut en disposer librement ».

⁹⁹⁵ Article 418 alinéa 1^{er} du Code de la famille malien : « Chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer sauf à répondre des fautes commises dans sa gestion ».

⁹⁹⁶ Article 417 du Code de la famille malien : « Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas n'engage que ses biens propres ».

VI- Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Togo

Régimes matrimoniaux organisés. Les règles relatives au droit des régimes matrimoniaux émanent, au Togo, de la loi du 6 juillet 2012, portant Code des personnes et de la famille. Quoique permettant aux époux de bénéficier d'une grande liberté dans la définition de leur régime matrimonial⁹⁹⁷, le législateur togolais organise trois types de régimes différents : nous pouvons citer la séparation des biens ; la communauté des biens ; et le régime communautaire de participation aux acquêts⁹⁹⁸.

Pouvoirs de gestion du patrimoine familial. Le régime de séparation des biens est ici, le régime légal⁹⁹⁹. Il s'impose aux époux qui se marient sous le statut polygamique¹⁰⁰⁰. Mais lorsque les époux font le choix du statut monogamique, ils peuvent l'écarter pour l'un des deux autres régimes, ou l'aménager partiellement.

Dans ce régime, chacun des époux gère librement les biens qui lui sont propres. Il peut ainsi les administrer ou en disposer seul¹⁰⁰¹. L'accord de son conjoint n'est donc pas nécessaire à ce qu'il constitue régulièrement des garanties réelles sur ses biens.

Le régime de communauté organisé par le Code des personnes et de la famille togolais s'apparente à un régime classique de communauté réduite aux acquêts. En effet, chacun des époux demeure seul propriétaire des biens acquis antérieurement à la célébration du mariage, ainsi que des biens acquis postérieurement par donation ou succession¹⁰⁰².

Dans le cadre du régime de communauté, chacun des époux gère librement les biens compris dans son patrimoine propre¹⁰⁰³. Néanmoins, préalablement à tout acte de disposition portant sur ces biens, l'époux est tenu d'en aviser son conjoint. Il ne peut en particulier, ni céder, ni

⁹⁹⁷ Article 345 du Code des personnes et de la famille togolais : « La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et dispositions qui suivent ».

⁹⁹⁸ Article 360 du Code des personnes et de la famille togolais.

⁹⁹⁹ Article 362 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « La séparation des biens s'établit à défaut de contrat ou par simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la séparation ».

¹⁰⁰⁰ Article 362 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille togolais : « Il est le régime de droit en cas d'option polygamique et ne peut faire l'objet d'aucune modification, sauf renonciation préalable à l'option polygamique ».

¹⁰⁰¹ Article 363 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Chacun des époux conserve dans le régime de séparation des biens, l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels. Il doit contribuer aux charges du ménage et de la famille selon les dispositions de l'article 100 ».

¹⁰⁰² Article 368 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Les biens que les époux possèdent à la date du mariage, ou qu'ils acquièrent postérieurement au mariage, par succession ou donation demeurent leur propriété personnelle ».

¹⁰⁰³ Article 375 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Chaque époux conserve la pleine propriété de ses biens propres. Il en a l'administration et la jouissance ».

hypothéquer, ni constituer tout autre garantie sur ses biens sans qu'une notification par acte notarié ou extrajudiciaire n'ait été réalisée¹⁰⁰⁴.

En ce qui concerne les biens entrant dans la communauté, le législateur togolais envisage une gestion conjointe¹⁰⁰⁵. En ce sens, aucun bien commun ne peut faire l'objet d'un acte de disposition sans l'accord des deux époux¹⁰⁰⁶. Il s'ensuit que, les hypothèques et les garanties réelles mobilières portant sur les biens communs, ne sont valablement constituées que si l'accord des deux époux est obtenu.

Le régime communautaire de participation aux acquêts permet aux époux, pendant le temps que dure leur mariage, d'agir sur leurs biens dans un esprit séparatiste, et à la dissolution de leurs liens, de liquider les biens meubles et les acquêts comme des biens communs. Par conséquent, chacun des époux conserve le pouvoir d'administrer et de disposer des biens qu'il a acquis¹⁰⁰⁷, et donc d'y constituer seul des garanties réelles.

Cependant, pour certains biens, le concours des deux époux est nécessaire à la validité des actes de disposition dont ils sont l'objet. Ce sont notamment : les biens immobiliers, les fonds de commerce, les droits sociaux non négociables¹⁰⁰⁸. Il en résulte que, les hypothèques et les nantissements constitués sur ces biens ne sont efficaces qu'à la condition que les deux époux y aient consenti.

Pouvoir d'engager le patrimoine familial. Concernant le pouvoir d'engager le patrimoine familial, nous pouvons souligner que dans le cadre du régime de séparation des biens¹⁰⁰⁹ ou du régime communautaire¹⁰¹⁰, les actes passés par un époux seul, n'engagent que ses biens propres.

¹⁰⁰⁴ Article 375 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille togolais : « Toutefois, il ne peut, sans en avoir avisé l'autre, vendre, aliéner et hypothéquer ses biens propres ni en disposer entre vifs à titre gratuit ».

¹⁰⁰⁵ Article 372 du Code des personnes et de la famille togolais : « Les biens communs sont conjointement administrés par les époux ».

¹⁰⁰⁶ Article 374 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Aucun des époux ne peut, sans le consentement de l'autre, vendre, aliéner et hypothéquer les biens communs, les biens personnels de celui-ci, ni disposer entre vifs à titre gratuit des biens de la communauté ».

¹⁰⁰⁷ Article 397 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille togolais : « Chacun des époux gère seul ses biens, sans distinction selon leur nature, leur origine ou leurs conditions d'acquisition ».

¹⁰⁰⁸ Article 398 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Ne peuvent être faits que du consentement des époux, les actes de disposition emportant aliénation totale ou partielle, à titre onéreux ou gratuit, d'immeubles, de fonds de commerce ou de droits sociaux non négociables. Les capitaux provenant de ces opérations ne peuvent être perçus sans ce consentement commun ».

¹⁰⁰⁹ Article 363 alinéa 2 du Code des personnes et de la famille togolais : « Chaque époux reste seul tenu des dettes nées en sa personne, avant ou pendant le mariage, hors le cas prévu par l'article 106 ».

¹⁰¹⁰ Article 376 alinéa 1^{er} du Code des personnes et de la famille togolais : « Un époux ne peut obliger l'autre par les engagements qu'il contracte, pour un objet autre que l'intérêt du ménage ou les besoins de sa profession ».

Par exception, le patrimoine commun et le patrimoine propre du conjoint se trouvent engagés lorsque les actes passés sont relatifs aux charges du ménage¹⁰¹¹.

Ainsi, à moins qu'un cautionnement, acte visant à garantir la dette d'un tiers, ne permette d'assumer les charges du ménage, il n'engagera ici, que les biens propres de l'époux qui y aura consenti seul.

Dans le cadre du régime communautaire de participation aux acquêts, les actes passés par un seul époux, permettent d'engager l'ensemble du patrimoine familial. En effet, au troisième alinéa de l'article 397 du Code des personnes et de la famille togolais, il est prévu que : « Les actes que l'un des époux fait seul sont opposables à l'autre et emportent de plein droit solidarité des deux époux ». Par conséquent, lorsqu'un époux marié sous le régime communautaire de participation aux acquêts consent seul un cautionnement, il engage tous les biens du couple.

¹⁰¹¹ Article 106 du Code des personnes et de la famille togolais : « Chacun des époux a le pouvoir de faire tous les actes justifiés par les charges du mariage. Toute dette contractée pour cet objet oblige solidairement les deux à l'égard des tiers sauf refus de l'autre époux porté préalablement à la connaissance du créancier ».

CHAP II : LA FAIBLESSE DU DROIT ECRIT AU SEIN DE L'ESPACE OHADA

Difficultés d'application du droit OHADA. Le droit OHADA en général, est la cible de nombreuses critiques qui ont trait à sa capacité à faire corps avec les différentes sociétés au sein desquelles il vise à s'appliquer. Les textes qui le composent, dont l'AUS, subissent assez régulièrement le reproche d'être un assemblage de normes élaborées par « des praticiens non africains qui ne connaissent pas toujours les spécificités du droit africain »¹⁰¹². Nous constaterons que, à l'image des difficultés d'application rencontrées par le droit écrit hérité des puissances coloniales, le processus d'appropriation du droit OHADA se révèle laborieux (SECTION I). Parallèlement, continuent grandement à se développer, notamment en matière de garanties du crédit, des règles plus ou moins légales, émanant de la pratique (SECTION II).

SECTION I : EFFECTIVITE LIMITEE DU DROIT DES GARANTIES OHADA

Plan. L'effectivité du droit OHADA, et par la même occasion du droit des garanties du crédit OHADA, est mise à mal en raison de la difficulté qu'il y a à parvenir à son appropriation par les citoyens des Etats-Membres de l'OHADA d'une part (§1), et du fait des nombreuses défaillances des organisations administratives et judiciaires d'autre part (§2).

§1- Appropriation difficile par les acteurs de l'économie

Importance de l'économie informelle. Au sein des Etats-Membres de l'OHADA, il est régulier d'opérer une distinction entre les acteurs de l'économie formelle et ceux de l'économie informelle. Ces derniers représentent la plus grande source de production de richesses de l'espace OHADA, une large majorité d'opérateurs économiques (I). Les acteurs de l'économie

¹⁰¹² B. ADOUKO, *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, thèse Bordeaux, 2013, n° 65. Voir également dans le même sens, L-D TSHIBENDE, *Les Gaulois nos ancêtres ? Sur la circulation et l'influence du modèle juridique français en Afrique noire francophone*, Ohadata D-07-02, www.ohada.com.

informelle sont, pour de multiples raisons, réfractaires à l'application des règles découlant du droit OHADA (II).

I- Périmètre de l'économie informelle

Notion. L'économie informelle a fait l'objet de nombreuses définitions difficilement satisfaisantes au regard des spécificités que recouvre ce concept au sein de l'espace OHADA. La compréhension de cette réalité pourrait passer par une circonscription tout autant négative que positive du champ qu'elle recouvre.

D'un point de vue négatif, il s'avère utile de distinguer l'économie informelle, à la fois de l'économie souterraine, et de l'économie illicite.

D'une part, l'économie informelle se distingue de l'économie souterraine en ce qu'elle ne renvoie pas aux activités dissimulées visant à échapper « au paiement des impôts, des charges sociales, ou au respect des législations telles que le salaire minimum, le nombre d'heures maximum, les normes d'hygiène et de sécurité et, d'une façon générale, à toutes les obligations administratives »¹⁰¹³.

D'autre part, l'économie informelle se distingue de l'économie illicite en ce que, ne sont pas considérées comme intégrées à son domaine, les activités interdites et pénalement réprimées.

D'un point de vue positif, la définition qui nous est donnée par H. LUBELL pourrait se révéler être la plus proche de la réalité de l'économie informelle au sein de l'espace OHADA. Selon lui, l'économie informelle représente « l'ensemble des activités et des micro-entreprises de production et de service, en général non agricole, qui ne sont pas systématiquement enregistrées par les appareils, les services et les recensements statistiques officiels. Echappant très 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 »¹⁰¹⁴.

Dimension de l'économie informelle. L'économie informelle tient une position privilégiée au sein de l'espace OHADA. Quelques chiffres pourraient encore mieux exprimer la place qu'elle

¹⁰¹³ S. KWEMO, L'OHADA et le secteur informel, L'exemple du Cameroun, Editions Larcier, 2012, n° 46.

¹⁰¹⁴ H. LUBELL, Le secteur informel dans les années 80 et 90. Etudes du Centre de développement, Paris, OCDE, 1991, P. 13.

y occupe. Elle représente au moins « 75% des emplois, 80% des créations d'emploi et environ 50% de la richesse nationale des Etats africains »¹⁰¹⁵.

L'économie informelle se caractérise par la grande diversité des activités qu'elle recouvre. Les activités qui y sont le plus aisément rattachées sont les activités ambulantes. Il s'agit de personnes physiques parcourant les rues avec leur marchandise, constituée de biens émanant de leur production, ou acquis avec une intention de revente, après transformation ou sans.

Mais nous pouvons également identifier des activités fixes. Nous pouvons en particulier évoquer les vendeurs de rue, installés plus ou moins durablement sur les trottoirs, où ils écoulent leurs produits. On retrouve ici des activités aussi diverses que l'épicerie, la restauration, les services de télécommunication, ou encore la quincaillerie. Elles sont souvent exercées à l'aide d'installations plus ou moins rudimentaires. Nous pouvons aussi évoquer dans cette catégorie, les vendeurs de marchés, qui bénéficient généralement d'un emplacement loué par les services de la collectivité territoriale dont le marché dépend. On y retrouve généralement la plupart des activités commerciales et artisanales.

L'autre secteur dans lequel l'informel se déploie assez largement est celui du transport de personnes et de marchandises. Dans les zones urbaines, s'est en particulier développé dans la quasi-totalité des Etats-Membres de l'OHADA, le transport par moto-taxi. Dans les zones rurales, où les routes sont parfois impraticables, les transports des personnes et des biens sont généralement assurés dans le cadre de l'informel.

D'autres secteurs importants de l'économie sont dominés par l'informel. Nous avons notamment le domaine de la construction, quelle que soit l'importance du projet immobilier, ou encore celui de l'agriculture.

Qualification des activités. Les activités exercées dans le domaine informel sont soit commerciales, soit artisanales ou encore agricoles. Le législateur OHADA indique les critères permettant de circonscrire le domaine de l'activité commerciale, mais n'indique rien concernant le sens qu'il donne aux activités agricoles et artisanales.

Un part importante des activités du secteur de l'économie informelle, largement majoritaire dans les zones urbaines, correspond au sens que donne le législateur OHADA de la notion d'activité commerciale. En effet, les conditions d'attribution de la qualité de commerçant sont

¹⁰¹⁵ S. KWEMO, L'OHADA et le secteur informel, L'exemple du Cameroun, Editions Larcier, 2012, n° 41.

envisagées à l'article 2 de l'AUDCG. Celui-ci dispose que : « Est commerçant celui qui fait de l'accomplissement d'actes de commerce par nature sa profession ».

Ressortent principalement de ce texte, deux critères : l'exercice d'actes de commerce par nature, et le caractère répétitif de ces actes. La notion d'acte de commerce par nature est définie l'article 3 de l'AUDCG comme l'acte « par lequel une personne s'entremet dans la circulation des biens qu'elle produit ou achète, ou par lequel elle fournit des prestations de service avec l'intention d'en tirer un profit pécuniaire ». Sont notamment présumés remplir cette qualité, selon le même texte, « l'achat de biens, meubles ou immeubles, en vue de leur revente », « les opérations de location de meubles », « les opérations de manufacture, de transport et de télécommunication », « les opérations des intermédiaires de commerce », « les contrats entre commerçants pour les besoins de leur commerce ».

Pour une bonne part d'entre eux, les acteurs de l'économie informelle répondent aux critères de la commercialité. Accomplissant nombre d'actes de commerce par nature précédemment énumérés, à titre professionnel, ils devraient recevoir la qualification de commerçants. Ils sont en ce sens, tenus de procéder à leur immatriculation au RCCM¹⁰¹⁶. En l'absence d'une telle immatriculation, ils ne peuvent se prévaloir de la qualité de commerçant¹⁰¹⁷, mais restent tenus des charges et obligations découlant de ce statut¹⁰¹⁸. Il pourrait toutefois être intéressant de souligner que l'immatriculation au RCCM n'est pas exigée de la part des personnes physiques commerçantes éligibles au statut de l'entrepreneur. Peuvent bénéficier de ce statut, les personnes physiques exerçant, à titre individuel, une activité professionnelle commerciale, artisanale, agricole ou même civile, dont le chiffre d'affaires n'excède pas un certain seuil, permettant d'obtenir ainsi un certain nombre d'avantages fiscaux, des réductions de charges sociales, et d'être soumis à des procédures ou contraintes administratives allégées¹⁰¹⁹. Les

¹⁰¹⁶ Article 35 *ab initio* de l'AUDCG : « Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier a pour objet : de recevoir les demandes d'immatriculation, notamment : des personnes physiques ayant la qualité de commerçant au sens du présent Acte uniforme ».

¹⁰¹⁷ Article 60 alinéa 1^{er} de l'AUDCG : « Toute personne physique assujettie à l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier qui n'a pas demandé celle-ci dans les délais prévus, ne peut se prévaloir, jusqu'à son immatriculation, de la qualité de commerçant lorsque son immatriculation est requise en cette qualité ».

¹⁰¹⁸ Article 60 alinéa 3 de l'AUDCG : « Toutefois, elle ne peut invoquer son défaut d'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier pour se soustraire aux responsabilités et aux obligations inhérentes à cette qualité ».

¹⁰¹⁹ Article 30 alinéa 1^{er} de l'AUDCG : « L'entrepreneur est un entrepreneur individuel, personne physique qui, sur simple déclaration prévue dans le présent Acte uniforme, exerce une activité professionnelle civile, commerciale, artisanale ou agricole ».

entrepreneurs sont, il faut le signaler, néanmoins tenus de procéder à la déclaration de leur activité au RCCM¹⁰²⁰.

Les acteurs de l'économie informelle exerçant une activité commerciale, qui ne procèdent ni à leur immatriculation au RCCM, ni à la déclaration de leur activité en tant qu'entrepreneurs, peuvent être regardés comme des commerçants de fait, et se voir ainsi opposer cette qualité par les tiers, à l'occasion d'un litige.

Les acteurs de l'économie informelle dont l'activité consiste en la vente de leur propre production agricole, des produits de leur élevage ou de leur pêche, même après transformation, peuvent être considérés comme des agriculteurs¹⁰²¹. L'activité agricole représente notamment en zone rurale, la part majoritaire des activités classées dans le domaine de l'économie informelle.

D'autres acteurs de l'économie informelle pourraient recevoir la qualification d'artisans. Peut être considéré comme artisan, l'individu qui « se livre à un travail majoritairement manuel secondé par des membres de sa famille ou d'un nombre restreint d'apprentis ou de salariés »¹⁰²². L'activité artisanale, comme l'activité agricole d'ailleurs, sont normalement considérées comme des activités de nature civile.

Ces distinctions présentent, quoi qu'il en soit, un intérêt limité en matière de garanties du crédit en droit OHADA. En effet, les enjeux sont classiquement ici ceux des avantages et inconvénients attachés au caractère civil ou commercial d'une activité. La liberté de la preuve et la présomption de solidarité sont généralement les principaux points d'intérêt. Or, dans le droit des garanties du crédit OHADA, l'exigence de l'écrit, commun aux conventions de garantie, réduit considérablement tout enjeu d'ordre probatoire. Quant à la présomption de solidarité, dont les effets se font classiquement sentir dans le cadre du cautionnement, la distinction ne présente pas d'intérêt dès lors que le cautionnement solidaire est de principe en matière de droit OHADA.

¹⁰²⁰ Article 30 alinéa 6 de l'AUDCG : « L'entrepreneur, qui est dispensé de l'immatriculation au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, est tenu de déclarer son activité tel qu'il est prévu dans le présent Acte uniforme ».

¹⁰²¹ Sur la notion d'activité agricole, voir notamment : J-B Blaise, *Droit des affaires*, LGDJ, 7^{ème} édition, n° 178.

¹⁰²² R. CABRILLAC, *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, LexisNexis, 2017.

II- Imperméabilité au droit OHADA de l'économie informelle

Sources de l'informalité. L'importance du poids de l'économie informelle que nous avons précédemment décrite pourrait trouver une explication dans la combinaison d'une diversité de facteurs.

Tout d'abord, nous pouvons effectuer le constat selon lequel la prépondérance de l'économie informelle est une réalité commune aux Etats qui connaissent une forme de dualité juridique, découlant d'une construction législative éloignée des pratiques de leurs ressortissants. L'inadéquation des règles légales au contexte est donc une cause importante du développement de l'économie informelle. Hernando DE SOTO traduit assez bien cette réalité lorsqu'il affirme que « l'informalité se fait jour lorsque le droit impose des règles qui dépassent le cadre légal socialement accepté, qu'il ne fait pas de place aux attentes, aux espoirs et aux préférences de ceux qui ne peuvent satisfaire à ces règles »¹⁰²³.

Ensuite, il apparaît que le caractère peu élevé des revenus tirés des activités salariés est de nature à inciter de nombreux citoyens à se tourner vers les activités de l'économie informelle, en vue de s'assurer quelques compléments de revenus.

A ces éléments, pourrait s'ajouter le caractère prohibitif des obligations fiscales auxquelles sont soumis les opérateurs économiques. A titre d'illustration, nous pouvons évoquer le taux d'imposition des sociétés élevé dans certains pays tels que le Tchad, où il est fixé à 45%, ou encore le Cameroun, où il s'établit en principe à 38,5%¹⁰²⁴.

Pourraient également être avancée, l'existence de lourdes et coûteuses formalités administratives imposées par les textes, présentant un effet d'autant plus répulsif pour les opérateurs économiques que, dans leur accomplissement, les services administratifs font assez souvent montre d'une certaine lenteur, et globalement d'une absence de rigueur ; essayant régulièrement d'extorquer aux administrés, pour leur profit personnel, des sommes supplémentaires. Dans le même sens, certains jugent d'ailleurs assez sévèrement que « les appareils administratifs des Etats africains sont incapables de fonctionner avec le minimum d'efficacité, de transparence et de justice sociale souhaitable à un service public »¹⁰²⁵.

¹⁰²³ H. DE SOTO, *L'autre sentier, la révolution informelle dans le tiers monde*, Editions La découverte, 1994, P. 20.

¹⁰²⁴ Cabinet OKALLA AHANDA et associés, *Rapport de la mission d'étude sur les services aux entreprises*, P. 23. Cité par N. N. MADJIWEI, *Le droit pratique des affaires au Tchad : Quelle place pour le commerce de l'informel*, thèse Paris, 2010, P. 177.

¹⁰²⁵ 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*, thèse Perpignan, 2000, P. 68.

Usage limité du droit OHADA. Le droit OHADA ayant assez peu tenu compte, à l'occasion de l'élaboration de ses textes, des règles développées par la pratique, est en retour ignorée par les acteurs de l'économie informelle, représentant pourtant le moteur de l'économie des Etats-Membres de l'OHADA.

Accessibilité limitée. Le droit OHADA est en outre desservi par son accessibilité limitée. Antérieurement à sa mise en place déjà, il était aisé de s'apercevoir que, au sein des Etats réunis aujourd'hui au sein d'une même organisation, les textes en vigueur, et encore plus la jurisprudence, étaient de manière très limitée, diffusés à destination des citoyens. De ce point de vue, le contexte n'a pas véritablement évolué. Il en résulte que la grande majorité des personnes installées au sein de l'espace OHADA demeurent ignorantes de l'existence même du droit OHADA. Suite à une enquête menée en 2013 auprès d'opérateurs économiques exerçant leur activité dans les ports et marchés de Cotonou au Bénin, et de Lomé au Togo, il a été observé que 74,7% d'entre eux déclaraient « n'avoir aucune connaissance du droit OHADA »¹⁰²⁶.

Un autre facteur non négligeable, limitant l'accessibilité du droit OHADA, pourrait être reconnu dans le fait que les langues d'élaboration et de diffusion des normes en vigueur ne soient pas toujours, pour certains pays, les langues principalement utilisées par les habitants. Il ressort en effet de l'alinéa premier de l'article 42 du Traité OHADA que : « Les langues de travail de l'OHADA sont : le français, l'anglais, l'espagnol et le portugais ». Ces différentes langues de travail sont aussi, de fait, les langues de diffusion des textes adoptés, dans les Pays-Membres. Il semble intéressant de noter que ces quatre langues ont toutes été imposées au sein de l'espace OHADA à l'occasion de la colonisation, et sont apparues sur ces territoires il y a simplement un peu plus d'un siècle.

Quoique faisant office de langues administratives au niveau national, elles sont minoritaires dans de nombreux pays. C'est en particulier le cas au Sénégal, où la langue de diffusion du droit OHADA est le français, bien qu'elle ne soit maîtrisée que par un tiers de la population environ, très largement devancée par le wolof, principale langue d'échanges commerciaux. C'est également le cas au Tchad, où la langue principalement utilisée est l'arabe tchadien. Le Niger présente aussi le même contexte, puisque le français y est très largement minoritaire, devancée par le Haoussa, majoritairement utilisée, et le Zarma. Nous pourrions poursuivre ainsi avec d'autres pays tels que le Mali et la R.D Congo, où la langue de diffusion des textes est le

¹⁰²⁶ J. DJOGBENOU, « L'informel et le règlement des litiges par application du droit OHADA », Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA, IRJS Editions, Paris, 2013, P. 148.

français, mais où la langue majoritaire est le bambara pour le premier, et le lingala pour le second.

Préférence pour les modes de résolution alternatifs des conflits. Le rejet du droit OHADA par les acteurs de l'économie informelle se manifeste également au niveau du choix du mode de résolution des litiges. D'une part, qu'il s'agisse de la saisine des tribunaux ou de l'arbitrage, les modes de résolution des conflits prévus par le droit OHADA sont générateurs de coûts que la plupart des acteurs de l'économie informelle pourraient, sans se mettre en difficulté, assumer. A cela s'ajoutent la longueur excessive des procédures, et la méfiance qu'ont les citoyens des Etats-Membres de l'OHADA à l'égard de leurs magistrats, dont ils doutent généralement de l'impartialité et de la probité.

Par conséquent, ils se tournent principalement vers des mécanismes de justice alternative tels que la médiation¹⁰²⁷ et la conciliation¹⁰²⁸, plus proches des pratiques traditionnelles. Généralement, lorsqu'un conflit naît entre deux opérateurs du domaine de l'économie informelle, conformément aux pratiques globalement rependues au sein des sociétés des Etats-Membres de l'OHADA, l'un d'eux au moins, sollicite l'intervention, à titre de médiateur ou de conciliateur, d'une personnalité bénéficiant d'un respect et d'un poids importants au sein de la communauté. Il peut s'agir d'un autre opérateur économique, d'un chef de village, d'un chef religieux, ou même d'un membre de l'administration tel qu'un commissaire de police ou un préfet, ou encore un magistrat ou un avocat. Ils interviennent bien entendu lorsqu'ils sont saisis dans ces circonstances, dans un cadre informel. Une telle option présente non seulement l'avantage de la rapidité et d'une quasi-gratuité, mais également celui d'avoir un effet pacificateur dans les rapports postérieurs entre les parties ; se distinguant ainsi des procédures judiciaires classiques.

¹⁰²⁷ « Mode de solution des conflits consistant, pour la personne choisie par les antagonistes (en raison le plus souvent de son autorité personnelle), à proposer à ceux-ci un projet de solution, sans se borner à s'efforcer de les rapprocher, à la différence de la conciliation, mais sans être investi du pouvoir de le leur imposer comme décision juridictionnelle, à la différence de l'arbitrage et de la juridiction étatique ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition.

¹⁰²⁸ « Accord par lequel deux personnes en litige mettent fin à celui-ci, la solution du différend résultant non d'une décision de justice mais de l'accord des parties elles-mêmes ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} édition.

§2- Défaillance des services judiciaires

Plan. L'efficacité des règles envisagées par le droit OHADA dépend aussi grandement de l'efficacité du travail mené par les services chargés de leur mise en œuvre. Tant le fonctionnement des outils techniques mis en place (I), que le traitement des recours introduits (II), ou encore les conditions dans lesquelles les mesures d'exécution forcée sont réalisées (III), pourraient permettre d'apprécier l'effectivité du droit OHADA.

I- Fonctionnement des outils administratifs du droit OHADA

Outils indispensables à la mise en œuvre du droit des garanties. Le droit OHADA a décidé de la mise en place d'un certain nombre d'outils techniques destinés à contribuer à l'efficacité des dispositions adoptées. En ce qui concerne les garanties du crédit, nous pouvons citer le RCCM, le Fichier national, ou encore le Fichier régional. Ces outils sont destinés à la centralisation des informations concernant les opérateurs économiques et les biens affectés de garanties. L'objectif ici est d'assurer une certaine transparence et de garantir la sécurité juridique des transactions. Meilleur sera donc le fonctionnement de ces outils, plus efficace sera le droit OHADA.

Le RCCM, qui fait office de registre au niveau local, tenu par le greffe de chaque juridiction compétente ou par tout autre organe désigné à cet effet¹⁰²⁹, est destiné d'une part, à l'immatriculation des commerçants et à la déclaration d'activité des entrepreneurs ; informant les tiers de la survenance de certains événements importants tels que les procédures collectives ouvertes à l'encontre des commerçants ; et d'autre part à l'inscription des garanties réelles mobilières.

Le Fichier national est destiné à la centralisation des informations contenues dans l'ensemble des registres locaux du RCCM¹⁰³⁰ ; ainsi qu'au rassemblement des « déclarations relatives aux hypothèques »¹⁰³¹.

¹⁰²⁹ Article 36 alinéa 1^{er} de l'AUDCG : « Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier est tenu par le greffe de la juridiction compétente ou l'organe compétent dans l'Etat Partie sous la surveillance du Président de ladite juridiction ou du juge délégué par lui à cet effet ou par l'autorité compétente dans l'Etat Partie ».

¹⁰³⁰ Article 36 alinéa 2 de l'AUDCG : « Un Fichier National centralise les renseignements consignés dans chaque Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ».

¹⁰³¹ Article 73 de l'AUDCG.

Le Fichier régional vise quant à lui à centraliser l'ensemble des informations contenues dans les fichiers nationaux. Il est tenu auprès de la CCJA¹⁰³².

Insuffisances des Etats-Membres dans la mise en place des outils envisagés. L'efficacité de ce système dépend donc principalement de la rigueur avec laquelle sont mis en place et gérés les différents registres locaux du RCCM. Or, il apparaît que ces registres locaux n'ont principalement été créés que dans les très grandes villes, et que la forme électronique sous laquelle ils devaient être gérés n'a toujours pas, dans la plupart des cas, pris la place de la gestion papier.

Il en résulte que les registres locaux sont encore largement incomplets ; les informations qu'ils contiennent sont difficiles à recouper, et péniblement accessibles aux administrés. Les registres locaux n'étant pas véritablement fiables, les fichiers nationaux et le fichier régional ne peuvent l'être plus. L'état dans lequel se présentent ces outils est un facteur d'accentuation de l'insécurité juridique au sein de l'espace OHADA.

II- Conditions de traitement des recours

Résistance des institutions judiciaires. Lorsque nous observons les conditions dans lesquelles les recours d'ordre judiciaire sont traités au sein des Etats-Membres de l'OHADA, le constat que nous pouvons assez rapidement effectuer est celui d'une forme de résistance de la part des institutions judiciaires. Cette résistance est, d'une part, liée aux difficultés que connaissent habituellement les institutions judiciaires au sein de l'espace OHADA (A), et d'autre part, relève de l'attitude des magistrats à l'égard des règles établies par le droit OHADA (B).

A- Difficultés des institutions judiciaires

Moyens limités. Du point de vue des difficultés que connaissent de manière habituelle les institutions judiciaires, nous pouvons souligner le fait que les moyens dont elles disposent soient limités. Cette limitation des moyens a des répercussions sur l'accessibilité des sources du droit OHADA. En effet, au sein de nombreuses juridictions, les magistrats n'ont pas à leur disposition, les textes élaborés par les institutions de l'OHADA, les décisions rendues par la

¹⁰³² Article 36 alinéa 3 de l'AUDCG : « Un Fichier Régional, tenu auprès de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, centralise les renseignements consignés dans chaque Fichier National ».

CCJA, ni sous une forme matérialisée, en raison de leur coût, ni sous une forme dématérialisée, en raison notamment de l'absence d'outils informatiques. Ils n'ont, non plus, pour les mêmes raisons, pas accès à la doctrine. L'ignorance des règles de droit OHADA ne peut aboutir qu'à leur non-application.

Formation insuffisante des acteurs judiciaires. Par ailleurs, nous pouvons relever le fait que les magistrats ne bénéficient pas d'une formation continue. Le droit OHADA étant de naissance récente, les textes qui en forment la matière, restent totalement méconnus d'une part importante des magistrats. L'organisation OHADA, essaie de réduire ces insuffisances en organisant des séances de formation d'auditeurs de justice, assurées par l'ERSUMA. Mais celles-ci restent encore très largement insuffisantes au regard de la faible proportion des acteurs du monde judiciaire touchés.

B- Attitude négative des magistrats

Défiance des magistrats à l'égard du droit OHADA. Du point de vue de l'attitude des magistrats face aux règles du droit OHADA, nous pouvons constater que, nombreux sont ceux qui affichent une forme de réticence à l'égard du droit OHADA. Ceci se vérifie tant au niveau des juridictions de fond, qu'au niveau des plus hautes juridictions.

De manière générale, la réticence des magistrats des juridictions de fond est favorisée par leur méconnaissance des règles adoptées en droit OHADA. Sont nombreux, ceux qui estiment que le droit OHADA est un droit de « l'autre », inadapté aux réalités sociales dont ils ont quotidiennement connaissance, et se refusent à le mettre en œuvre.

La réticence des magistrats des plus hautes juridictions est surtout motivée par le refus de certains magistrats, d'accepter la perte d'une large part de leur domaine de compétence. Ils instaurent ainsi, de fait, une forme de concurrence avec la CCJA, rechignant à se déclarer incompétents lorsqu'ils sont saisis d'un litige relevant du domaine d'intervention de la CCJA.

Cette contestation de la compétence de la CCJA est d'ailleurs favorisée par son éloignement. Située en Côte d'Ivoire, les modalités entourant sa saisine sont plus complexes pour les personnes résidant au sein des autres Etats-Membres, et difficiles à accomplir. Ce qui pousse parfois les avocats des parties à un litige à user de subterfuges, espérant contourner la compétence de la CCJA. Ils y parviennent souvent avec la complicité des magistrats des plus hautes juridictions nationales. Les effets de cet éloignement s'illustrent dans les chiffres ;

puisque la saisine de la CCJA par les ressortissants ivoiriens représente la moitié des recours dont a déjà eu à connaître ladite juridiction¹⁰³³.

III- Conditions de réalisation des mesures d'exécution forcée

Lenteur des procédures. Le caractère extrêmement limité des moyens mis à la disposition des tribunaux, a pour conséquence principale l'allongement excessif des procédures. Entre le moment où un créancier introduit une action, et le moment où il exerce une mesure d'exécution forcée, la situation de son débiteur est susceptible d'évoluer de manière importante. Ce dernier pourrait en effet être devenu insolvable, ou avoir organisé son insolvabilité. Ce contexte vient affecter l'efficacité de la réalisation forcée des garanties personnelles.

Coût élevé des procédures. Par ailleurs, nous pouvons constater que, au sein de l'espace OHADA, les coûts liés à la mise en œuvre d'une mesure d'exécution forcée peuvent se révéler importants et disproportionnés, d'une part, par rapport à la hauteur des sommes pour lesquelles les litiges naissent ; ce qui affaiblit considérablement l'opportunité de l'action du créancier ; et d'autre part, au regard du revenu moyen des habitants, pour la plupart desquels ces coûts présentent un caractère dissuasif.

SECTION II : PRATIQUES ALTERNATIVES DES ACTEURS LOCAUX

Importance des pratiques alternatives du crédit. Les établissements de crédit classiques font preuve d'une grande méfiance à l'égard des acteurs de l'économie informelle. Elles financent difficilement les activités qui en émanent. Cette méfiance est également de mise lorsqu'il s'agit d'accorder des crédits aux personnes physiques non-professionnelles. La frilosité des établissements de crédit classiques se manifeste par une excessivité du coût du crédit, ou encore

¹⁰³³ M. SEREKOISSE-SAMBA, « Pistes pour une meilleure application processuelle du droit OHADA », *Droit et attractivité économique de l'OHADA*, IRJS, 2013, P. 170.

par le caractère disproportionné des garanties exigées aux potentiels débiteurs. Ces facteurs, s'ajoutant au fait que les personnes sollicitant un crédit soient tenus de fournir un nombre relativement important de documents administratifs et de justificatifs, qu'ils ne sont très souvent pas en mesure de fournir, et au fait que le traitement des demandes de crédit soit anormalement long, détournent les acteurs de l'économie informelle et les personnes physiques non-professionnelles des établissements de crédit classiques. Ceux-ci se tournent volontiers vers les établissements de microfinance¹⁰³⁴, vers les banquiers ambulants ou encore vers les usuriers lorsqu'ils souhaitent obtenir un crédit. Les établissements de microfinance, comme les usuriers, s'adaptent généralement efficacement au contexte local dans lequel ils évoluent. Pour ce faire, ils développent des pratiques qui se révèlent, pour certaines, assez peu conformes aux exigences légales, mais largement tolérées par les autorités. L'analyse de ces pratiques permet l'identification de garanties du crédit plus ou moins originales (§1) ; de même que la découverte de mesures d'exécution plus ou moins admissibles au regard des textes (§2).

§1- Garanties du crédit issues de la pratique

Plan. Les garanties du crédit développées par la pratique pourraient être distinguées en trois catégories, en fonction du type de créancier en sollicitant la délivrance. La première catégorie est relative aux organismes de microfinance (I) ; la seconde est relative aux commerçants créanciers (II) ; la troisième est relative aux usuriers et banquiers ambulants (III).

I- Garanties sollicitées par les organismes de microfinance

Plan. Les garanties du crédit exigées par les établissements de microfinance sont majoritairement des garanties personnelles (A). Il s'agit généralement de garanties innomées. La remarque vaut également pour certaines garanties réelles consenties aux établissements de microfinance (B).

¹⁰³⁴ Au titre de l'article 1^{er} du Règlement n° 01/02/CEMAC/UMAC du 13 avril 2002, la CEMAC considère la microfinance comme « une activité exercée par des entités agréées n'ayant pas le statut de banque ou de statut financier tel que défini à l'Annexe à la convention du 17 janvier 1992 portant harmonisation de la réglementation bancaire dans les Etats de l'Afrique centrale et qui pratiquent, à titre habituel, des opérations de crédit et ou de collecte de l'épargne et offrent des services financiers spécifiques au profit des populations évoluant pour l'essentiel en marge du circuit bancaire traditionnel ».

A- Garanties personnelles consenties aux établissements de microfinance

Pratique des garanties personnelles non-organisées. Le caractère non limitatif des garanties personnelles envisagées au sein de l'AUS permet aux organismes de microfinance d'exiger en toute légalité de la part de leurs débiteurs, qu'ils leur consentent d'autres garanties personnelles que celles dont le régime est organisé par le droit OHADA. Nous pouvons observer que ces organismes affichent un intérêt prononcé pour les garanties s'appuyant sur la solidarité (1) ou encore sur les mécanismes de mutualisation des risques (2).

1- L'usage de la solidarité

Notion de solidarité. La solidarité est un mécanisme issu du droit des obligations, ayant pour effet d'affecter le caractère divisible d'une dette, lorsqu'il existe une pluralité de créanciers ou une pluralité de débiteurs. La solidarité est soit dite active, soit dite passive. La solidarité est dite active lorsque plusieurs personnes sont créancières d'une même dette, et ont chacune la possibilité de réclamer de la part du débiteur, le paiement de celle-ci dans sa totalité. Elle est dite passive lorsque plusieurs personnes sont débitrices d'une même dette, et peuvent légitimement se voir réclamer le paiement de sa totalité.

Dans le cadre de la solidarité passive, la situation qui se présente classiquement est celle dans laquelle chacun des débiteurs s'engageant ensemble à titre principal est obligé à la totalité de la dette, et est tenu d'y contribuer définitivement pour une part. Il est dans ce cas dit qu'ils sont intéressés à la dette. Pour la part de la dette excédant la hauteur de sa contribution définitive, chaque débiteur est regardé comme garant du paiement.

Dans d'autres hypothèses, un ou plusieurs débiteurs sont simplement obligés à la dette, et ne sont pas tenus d'y contribuer définitivement. Ils sont dans ce cas considérés comme non-intéressés à la dette. Ils garantissent de fait, l'exécution de l'obligation souscrite.

Mécanisme apprécié par les établissements de microfinance dans l'espace OHADA. Au sein de l'espace OHADA, les établissements de microfinance développent de manière importante, l'octroi de crédits de groupe. Ils incitent les opérateurs économiques, lorsqu'ils souhaitent obtenir un prêt, à se regrouper, généralement sur la base de leur appartenance à une même communauté, professionnelle, ethnique, résidentielle, ou encore religieuse. Formant des groupes plus ou moins restreints, ceux-ci obtiennent des prêts à titre d'emprunteurs solidaires ; se répartissant ensuite les sommes obtenues. Ils peuvent par conséquent, chacun, se voir

contraints de rembourser la totalité de la somme prêtée. A charge pour celui qui sera amené à payer, de se retourner contre ses codébiteurs, afin de récupérer le montant excédant sa part contributive.

L'efficacité de la solidarité réside dans les liens unissant les codébiteurs. En effet, nous pouvons observer que, dans les Etats-Membres de l'OHADA, la place donnée à la réputation et à l'honneur au sein de toute communauté est considérable. D'une part, au moment de la constitution du groupe, les membres se sélectionnent en fonction de leur intégrité et de leur capacité à répondre à leur engagement. D'autre part, le manquement à une obligation de remboursement de prêt étant de nature à affecter la réputation individuelle ou collective du groupe, ses membres mettent tout en œuvre pour que le prêt soit remboursé dans sa totalité.

2- Mécanismes de mutualisation des risques

Plan. Les organismes de microfinance présents au sein de l'espace OHADA s'appuient assez largement sur des mécanismes de mutualisation des risques tels que les sociétés de caution mutuelle (a), les fonds de garantie (b) ou l'assurance (c).

a- Les sociétés de caution mutuelle

Intérêt. Les sociétés de caution mutuelle sont des organismes qui garantissent les emprunts contractés par leurs membres. En cas de défaillance de l'un de ces derniers, dans le cadre du remboursement du crédit contracté, la société de caution mutuelle procède au paiement de la somme due.

Les potentiels emprunteurs adhèrent généralement aux sociétés de caution mutuelle sur demande des organismes de microfinance, sous réserve d'avoir franchi l'obstacle d'une rigoureuse sélection. Ils sont ensuite soumis au paiement d'une cotisation. La sélection préalablement effectuée permet de limiter considérablement les défaillances. Et l'accumulation des cotisations versées par les membres de la société de caution mutuelle suffit largement à pallier à toute défaillance.

b- Les fonds de garantie

Intérêt. Les organismes de microfinance ont également tendance à proposer aux emprunteurs qu'ils effectuent le versement d'une somme correspondant à un certain pourcentage du montant du prêt sollicité, dans un fonds géré par un établissement indépendant. Cet établissement assure le paiement du crédit accordé en cas de défaillance du débiteur. Par contre, en cas de remboursement du crédit par l'emprunteur, la somme versée pour alimenter le fonds lui est restituée.

c- L'assurance-crédit

Intérêt. Afin de limiter la probabilité de perte d'argent lorsqu'elles accordent un crédit, les organismes de microfinance font souscrire aux emprunteurs une assurance couvrant certains risques dont la réalisation serait hautement susceptible d'affecter la capacité de remboursement du débiteur. Il s'agit notamment du décès, de l'invalidité ou de l'incapacité de travail.

Les primes d'assurance sont versées par le débiteur à l'occasion du paiement des différentes échéances du prêt. Lorsque celui-ci est défaillant, l'assurance se charge d'assurer le paiement du crédit à l'organisme de microfinance prêteur.

B- Garanties réelles consenties aux établissements de microfinance

Garanties atypiques. Les organismes de microfinance sollicitent régulièrement des garanties réelles assez singulières au regard des mécanismes prévus au sein de l'AUS. Le caractère limitatif de l'énumération qui est faite des sûretés réelles par le législateur OHADA, n'empêche pas l'admission d'autres types de garanties réelles. Nous pouvons ici évoquer la rétention du titre foncier, le pacte comissoire portant sur des terrains non immatriculés (2), ou encore des formes particulières de garanties réelles ayant pour objet les animaux (3).

1- La rétention du titre foncier

Intérêt de la garantie. Les organismes de microfinance ont pris pour habitude, d'exiger de leurs débiteurs la remise de leur titre foncier à titre de garantie. Ce document, qui vient en principe justifier de la réalité des droits de propriété dont on dispose sur un terrain, ne permet

normalement pas à un tiers détenteur, de bénéficier de droits relevant de la propriété immobilière du seul fait de cette détention.

La rétention d'un titre foncier produit surtout un effet perturbateur, en ce qu'il s'agit généralement du seul moyen par lequel la qualité de propriétaire est établie. Si le titulaire d'un droit de propriété foncière a la possibilité de se faire établir une copie de son titre foncier, c'est au prix de lourdes démarches administratives, prenant une dimension supplémentaire dans le cadre de l'espace OHADA.

Par ailleurs, les personnes physiques débitrices ayant généralement une connaissance limitée des règles juridiques, sont normalement convaincues du pouvoir du créancier rétenteur de s'approprier le bien immobilier pour lequel le titre a été délivré en l'absence de remboursement, du seul fait de la rétention. Ce qui le contraint à mettre tout en œuvre pour que le l'emprunt effectué soit entièrement remboursé.

2- Pacte comissoire sur terrain non immatriculé

Intérêt de la garantie. Ainsi que nous avons pu l'observer, la régularité des conventions portant sur des biens immobiliers sont généralement soumises, au regard des législations internes des Etats-Membres de l'OHADA, à leur immatriculation. Or, dans leur grande majorité, les propriétaires de ces biens ne remplissent pas cette obligation. Ce patrimoine important ne peut être offert en garantie dans le cadre de la sollicitation d'un crédit auprès d'un établissement de crédit classique.

Par contre, les organismes de microfinance ne se privent pas de la possibilité de s'appuyer sur ces biens hautement importants d'un point de vue matériel et moral pour les personnes physiques qui en sont propriétaires, pour constituer des garanties. Nous pouvons notamment observer que les organismes de microfinance introduisent dans les conventions de crédit, des clauses au titre desquelles la défaillance du débiteur entraîne à leur profit, le transfert de propriété du bien immobilier non immatriculé appartenant à celui-ci.

La peur de perdre son bien immobilier, et la puissance de l'humiliation que celle-ci engendrerait, contraignent généralement le débiteur, convaincu d'être régulièrement tenu du seul fait de son engagement, à tout mettre en œuvre pour exécuter son obligation de remboursement.

3- Garantie réelles portant sur les animaux

Description du mécanisme. Dans les zones rurales principalement, les animaux d'élevage représentent souvent une part importante du patrimoine familial. Il peut s'agir de volailles, d'ovins, ou encore de bovins. Il n'est pas rare de voir les propriétaires d'animaux en faire l'objet de garanties lorsqu'ils souhaitent obtenir un crédit. La garantie constituée peut être un gage avec ou sans dépossession, ou un transfert de propriété à titre de garantie.

Le Professeur M. SAMB décrit d'ailleurs comment fonctionne, dans certaines régions, la cession à titre de garantie d'animaux d'élevage¹⁰³⁵. Le propriétaire cède l'animal contre une somme correspondant au prix du marché, en se réservant la possibilité de reprendre la propriété du bien en cas de restitution de la somme versée, complétée ou non d'un surcoût. La date de restitution est généralement convenue entre les parties au moment de la constitution de la garantie.

Le créancier est tenu de conserver les animaux confiés et de les entretenir à ses frais. En contrepartie, il tire profit des fruits de l'élevage. Il lui est en particulier possible de conserver le lait, les œufs, fournis par l'animal. Il peut également devenir propriétaire des petits nés au cours de l'exécution de la convention.

Après le remboursement total de la dette, les animaux sont restitués au constituant de la garantie. En cas de perte de l'animal, le créancier est tenu de restituer un animal de valeur équivalente.

II- Garanties sollicitées par les commerçants créanciers

Pratiques éloignées du droit OHADA. Dans le cadre de l'exercice de leur activité professionnelle, les commerçants du secteur de l'économie informelle accordent régulièrement des crédits, tant à leurs partenaires commerciaux qu'à leur clientèle non-professionnelle. Cette pratique du crédit s'accompagne de la mise en place de certaines garanties.

Prime à la confiance entre commerçants. A l'égard de leurs partenaires commerciaux du secteur de l'économie informelle, la confiance seule suffit à accorder un crédit. De l'intensité des liens entre les personnes, dépendra la hauteur maximale du crédit qui pourra être accordé. Lorsqu'un crédit est accordé par un commerçant à un autre acteur de l'économie informelle

¹⁰³⁵ M. SAMB, *Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA*, CRED-ERSUMA, 2012, P. 77.

avec lequel il n'existe pas de proximité particulière, le débiteur a généralement été présenté par un autre commerçant avec lequel une relation de confiance a été établie. Nous pouvons alors remarquer que ce dernier joue un rôle de garant personnel au profit du créancier. En effet, il est tacitement convenu entre les parties, à l'occasion de la présentation, que pour toutes les conventions qui surviendraient à l'avenir entre le créancier et le présenté, le présentateur serait tenu, dans l'hypothèse d'une défaillance du présenté, d'exécuter à sa place l'obligation souscrite.

Usage prioritaire des garanties réelles dans les rapports avec les non-professionnels. A l'égard de leur clientèle non-professionnelle, les commerçants s'appuient également sur la confiance. Lorsque celle-ci n'est pas suffisante, ils sollicitent principalement l'octroi de garanties réelles. La plus utilisée est le gage-espèces. A titre d'illustration, les entreprises ayant pour activité la vente de boissons, ou la vente de bouteilles de gaz, très répandus au sein de l'espace OHADA, ne cèdent, dans le cadre des transactions qu'ils passent avec leur clientèle non-professionnelle, que le contenu de leurs bouteilles, excluant le contenant, qui doit leur être restitué par le client. Afin de garantir l'exécution de cette obligation de restitution, ils exigent de leurs clients qu'ils leur versent une certaine somme, qu'ils ne récupèrent qu'au moment où le contenant leur est remis. Ces conventions de garantie interviennent exclusivement sur une base consensuelle. Ce qui tranche avec l'exigence de l'écrit à titre de validité des garanties réelles en droit OHADA.

III- Garanties sollicitées par les usuriers et banquiers ambulants

Garanties principalement illicites. Les usuriers et banquiers ambulants sollicitent généralement des garanties dont la licéité est hautement douteuse. Nous pouvons notamment citer, outre la remise de biens mobiliers classiques à titre de garantie, la mise en garantie de biens dont la valeur est surtout sentimentale (A), ou encore ce que nous pourrions qualifier de mise en garantie de l'âme du débiteur (B).

A- Garantie sur biens à valeur sentimentale

Modalités. Les banquiers ambulants et les usuriers se font habituellement remettre un ou plusieurs biens meubles du débiteur, de plus ou moins grande valeur patrimoniale, lorsqu'ils accordent un crédit. Le gage avec dépossession constitué par le débiteur, qui est toujours une

personne physique, n'est ordinairement pas accompagné d'un écrit. En cas de défaillance du débiteur, tout se passe comme si une clause d'attribution conventionnelle avait été souscrite entre les parties ; et le créancier acquiert la propriété du bien mis en garantie.

Cependant, certains biens permettent difficilement un tel mode de réalisation, et leurs effets s'apparentent parfois à ceux qui sont classiquement reconnus au droit de rétention. Il s'agit principalement de biens ayant une forte valeur sentimentale tels que les objets légués par les ancêtres, et qui ont vocation à se transmettre de génération en génération. Appartenant collectivement à l'ensemble de la famille, elles ne devraient en principe pas pouvoir être offertes en garantie du fait de la volonté d'une seule personne. Mais une telle garantie est dans les faits très efficace, puisque l'ensemble des membres de la famille seraient prêts à satisfaire le créancier afin d'obtenir la restitution du bien retenu.

B- Mise en garantie de l'âme

Modalités. Certains usuriers conditionnent l'obtention d'un prêt à l'accomplissement par le débiteur de certains rituels. Dans des pays tels que le Bénin par exemple, on retrouve des situations dans lesquelles, demande est faite à l'emprunteur de s'introduire dans une salle obscure, où il devra, en présence de « puissantes forces invisibles », jurer de remplir l'obligation de remboursement à laquelle il est tenu.

L'efficacité du procédé réside dans la croyance profonde du débiteur, en la survenance d'un malheur en l'absence de remboursement. Ce malheur redouté peut aller de l'altération des facultés mentales, à la perte d'un proche ou son propre décès.

Une telle garantie, difficilement licite, rentrerait difficilement dans l'une des deux catégories classiques que sont les garanties personnelles et les garanties réelles.

§2- Mesures d'exécution développées par la pratique

Plan. Nous pouvons effectuer le constat selon lequel, dans la pratique, les créances sont largement recouvrées par la voie de saisies directes (I), et par l'usage de pressions morales (II).

I- Saisies directes

Intérêt. Souhaitant contourner les difficultés liées à l'efficacité des mesures d'exécution forcée, les créanciers que sont les établissements de microfinance, les banquiers ambulants, exercent des saisies directes, normalement illégales, mais non combattues par les autorités administratives et judiciaires.

Se dotant parfois d'agents spécialement affectés à une telle tâche au sein de leurs services, les créanciers interviennent sur le lieu d'exercice ou au domicile du débiteur, afin de saisir ses biens, sans titre exécutoire. En agissant ainsi, ils renvoient sur la personne du débiteur qui souhaiterait contester la régularité de la mesure d'exécution forcée, la charge de la saisine des tribunaux. Les coûts que celle-ci représente, ainsi que la durée excessive des procédures, le déficit de confiance à l'égard des institutions judiciaires, sont de nature à contraindre le débiteur au renoncement.

Certains auteurs préconisent d'ailleurs, que le législateur envisage au sein de l'espace OHADA, des mesures d'exécution forcée particulières aux organismes de microfinance, parmi lesquelles la saisie directe¹⁰³⁶.

II- Pressions morales

Pratiques identifiées. Les organismes de microfinance, font également usage de pressions morales afin de forcer le débiteur à respecter son engagement. Nous pouvons notamment citer les plaintes à la police. Cette dernière ne respectant régulièrement pas les limites de ses compétences, a pour habitude de convoquer certains débiteurs, et d'en enfermer quelques-uns de manière arbitraire. Ce qui a généralement pour effet de mobiliser la famille du débiteur, qui essaie tant bien que mal de réunir la somme due, afin de satisfaire le créancier.

Nous pouvons également relever les dénonciations publiques, principalement dans les zones rurales. Elles passent par la lecture des noms des mauvais payeurs à l'occasion de réunions publiques, ou encore par l'affichage de noms et même de photos de débiteurs défaillants sur la place publique. Ces mesures sont efficaces en raison de l'importance qui est donnée à l'honneur, tant individuel que familial. Le caractère illégal de ces mesures ne les empêche pas de perdurer, en raison des limites affectant les actions judiciaires.

¹⁰³⁶ M. SAMB, *Le droit de la microfinance dans l'espace OHADA*, CRED-ERSUMA, 2012, P. 87.

CONCLUSION DU TITRE II

Les créanciers qui se voient proposer des garanties, notamment conventionnelles, doivent s'assurer de la capacité du créancier à contracter, ainsi que de la régularité des pouvoirs dont il dispose pour constituer la garantie proposée, notamment lorsque l'acte engage, ou est susceptible d'engager le patrimoine d'un tiers. Ce qui nous mène sur la voie de l'analyse des textes relatifs au droit des contrats et au droit des régimes matrimoniaux.

Concernant les garanties réelles en particulier, intervient le sujet de la régularité des droits dont dispose le constituant sur le bien ; renvoyant à la problématique de l'acquisition des droits réels mobiliers et immobiliers en droit OHADA.

L'identification de ces règles représente un challenge inhabituellement lourd pour les créanciers au sein de l'espace OHADA.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Lien de l'AUS avec les autres Actes uniformes. Les règles envisagées au sein de l'AUS concernant les garanties du crédit ne peuvent représenter une base suffisante pour quiconque souhaiterait apprécier l'efficacité de la garantie dont il bénéficie. Il se doit également de se référer aux règles prévues par le législateur OHADA au sein d'autres Actes uniformes.

C'est en particulier le cas concernant les règles relatives au droit des sociétés, contenues dans deux Actes uniformes : l'AUSCGIE et l'AUSCOOP. Ces textes sont indispensables pour déterminer les conditions dans lesquelles une société constitue régulièrement une garantie personnelle ou une garantie réelle.

C'est également le cas pour ce qui est des règles se rapportant au droit des procédures civiles d'exécution, que nous retrouvons au sein de l'AUPSRVE, et qui permettent à toute personne bénéficiant d'une garantie du crédit, de prendre connaissance des modalités dans lesquelles elle pourrait efficacement procéder à la réalisation forcée de sa garantie, en cas de défaillance du débiteur principal, et de résistance du garant.

En outre, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur ou d'un garant étant susceptible d'affecter la constitution ou la réalisation des garanties personnelles comme réelles, une analyse des règles prévues au sein de l'AUPC peut s'avérer nécessaire à l'appréciation de l'efficacité de la garantie dont un créancier se prévaut.

Lien de l'AUS avec des matières non harmonisées. Toutefois, le champ des règles susceptibles d'affecter l'efficacité des garanties du crédit ne se limite pas aux dispositions établies par le législateur OHADA à travers les Actes uniformes. En effet, la source des garanties du crédit étant principalement conventionnelle, le droit des contrats, et en particulier les conditions de validité des conventions, doivent être pris en compte, afin de juger de la régularité de l'octroi d'une garantie.

De même, il est utile de déterminer si le constituant d'une garantie, personnelle ou réelle, dispose de pouvoirs suffisants pour engager l'ensemble d'un patrimoine, ou l'un des éléments le composant. Ceci nécessite que soient abordées, non seulement les règles propres au droit des biens, mais également celles particulières au droit des régimes matrimoniaux.

Pour ce qui est de l'identification des normes relevant de ces catégories ayant une influence sur l'efficacité des garanties du crédit, en raison de leur exclusion du champ de compétence de l'OHADA, il est indispensable de parcourir le droit interne de chacun des Etats-Membres de l'OHADA. Si, dans leur quasi-totalité, ces Etats trouvent dans le droit français une inspiration commune, leurs règles juridiques internes n'ont pas véritablement connu un développement uniforme. Il en résulte que l'efficacité d'une garantie du crédit pourrait être dépendante de la loi nationale à laquelle elle est soumise.

Mise en œuvre des garanties du crédit et contexte. Mais l'efficacité des garanties du crédit repose également sur le contexte dans lequel elles sont constituées. Au sein de l'espace OHADA, nous pouvons observer un niveau élevé d'insécurité tant juridique que judiciaire. Cette insécurité est de nature à rompre la confiance que pourraient avoir les créanciers concernant l'utilité des garanties aménagées par le droit OHADA. Certains d'entre eux font le choix d'adopter des pratiques illégales, qu'il s'agisse des garanties du crédit qu'ils mettent en place, ou qu'il s'agisse des mesures d'exécution forcée choisies.

CONCLUSION GENERALE

Amélioration de la qualité du droit des garanties dans l'espace OHADA. L'adoption de l'AUS a permis aux Etats-Membres de l'OHADA de se doter d'un droit des garanties du crédit en adéquation avec les attentes des acteurs de l'économie moderne, d'un point de vue international. Nous avons notamment pu relever, en ce qui concerne les garanties personnelles, qu'aux côtés du cautionnement, a été consacrée une garantie courante dans les relations commerciales internationales : la garantie autonome. En matière de garanties réelles, les mécanismes de garantie dits préférentiels, subissent désormais la concurrence des garanties dites exclusives, s'appuyant principalement sur le droit de propriété, et réputées plus efficaces. La grande diversité des garanties mises à la disposition des créanciers de l'espace OHADA, permet à ces derniers de sélectionner celle qu'ils considèrent comme étant la mieux adaptée au contexte dans lequel ils évoluent, à leur situation personnelle, à celle de leurs débiteurs ou garants, ou encore à la nature des obligations couvertes.

Par ailleurs, le constat d'une meilleure lisibilité des garanties proposées s'impose. Une meilleure distinction a notamment été établie entre le gage et le nantissement à l'occasion de la réforme de l'AUS du 15 décembre 2010, et des garanties inutilisées telles que l'antichrèse ont été écartées.

Lorsque nous analysons les dispositions applicables aux différents mécanismes de garantie du droit OHADA, nous constatons que le législateur OHADA a su faire preuve d'une grande précision dans la détermination du régime des dites garanties, même si nous avons pu constater que persistent encore un certain nombre de lacunes.

En outre, l'esprit général qui ressort des textes de l'AUS est celui d'un droit globalement favorable aux créanciers, duquel ont été écartées nombre de règles pouvant affecter la validité des garanties.

Cette tendance favorable aux créanciers se confirme au niveau des conditions de réalisation des garanties. C'est en particulier le cas pour ce qui est des garanties réelles. Désormais, au mode classique de réalisation par vente forcée, sont offerts aux créanciers garantis la possibilité de réalisation par attribution judiciaire et par attribution conventionnelle.

Incertitudes liées à l'agencement du droit des garanties du crédit avec les autres matières harmonisées en droit OHADA. Mais la détermination des conditions dans lesquelles un créancier pourrait régulièrement réaliser sa garantie oblige aussi à une analyse des textes composant l'AUPRSVE. C'est en particulier vrai pour ce qui est de la réalisation des garanties personnelles. Il en est de même lorsque le créancier souhaite réaliser la garantie réelle dont il bénéficie par le biais de la vente forcée.

Les créanciers sont également tenus, en droit OHADA, lorsqu'ils souhaitent s'assurer de la régularité de la constitution ou de l'efficacité de la réalisation de la garantie qui leur est accordée, de se référer aux dispositions contenues au sein d'autres Actes uniformes tels que l'AUDCG, l'AUSCGIE, l'AUSCOOP, ou encore l'AUP. Les règles affectant l'efficacité des garanties du crédit sont ainsi dispersées au sein de différents textes.

En effet, la régularité de la constitution des garanties du crédit accordées par les personnes morales est soumise à des conditions particulières. Or, le législateur OHADA a fait le choix d'intégrer celles-ci, pour ce qui relève des sociétés commerciales et des sociétés coopératives, au sein des Actes uniformes qui leur sont spécialement consacrés, sans qu'il n'en soit fait allusion au sein de l'AUS.

En outre, le droit des garanties du crédit entretient une relation qui pourrait être qualifiée de conflictuelle avec le droit des procédures collectives, en raison notamment de la contradiction que nous pouvons observer entre les objectifs prioritaires assignés à chacune de ces deux catégories de règles. L'une vise à la préservation des intérêts des créanciers, tandis que l'autre aspire à la survie des débiteurs en difficulté. L'importance des conflits constatés entre ces deux matières est tel que, l'efficacité d'une garantie du crédit est principalement appréciée au regard de sa capacité à résister aux effets produits par l'ouverture d'une procédure collective. Afin de s'en assurer, les créanciers sont contraints de se reporter aux dispositions contenues dans l'AUP.

La dispersion ainsi constatée ne se limite d'ailleurs pas aux seuls Actes uniformes. Elle se prolonge au niveau des différentes législations internes aux Etats-Membres. En effet, les créanciers sont contraints, lorsqu'ils concluent une convention de garantie, de s'assurer du contenu du droit interne auquel est soumis l'acte de garantie ; en particulier concernant les règles relatives au droit des contrats, au droit des biens, ou encore au droit des régimes matrimoniaux.

Les contraintes qui ressortent non seulement de l'AUS, mais également des autres Actes uniformes, ne représentent pas le challenge le plus inquiétant pour les créanciers au sein de l'espace OHADA.

Incertitudes relatives aux liens des garanties avec les autres matières non harmonisées. En effet, ils doivent tout d'abord affronter le dangereux écueil que représente la problématique de la détermination des règles de droit interne indissociables du droit des garanties du crédit. La paresse législative, couplée à la faiblesse de la politique de diffusion des normes en vigueur, n'aident pas identifier les règles de droit applicables en matière de droit des obligations ou de droit patrimonial.

L'insécurité juridique qui découle de ces lacunes s'accompagne d'une insécurité administrative et d'une insécurité judiciaire. D'une part, il apparaît que les outils prévus pour permettre une gestion saine et efficace des conflits de droits pouvant opposer les différents créanciers garantis ne sont pas véritablement opérationnels. D'autre part, nous constatons que les acteurs monde judiciaire résistent, ou sont insuffisamment formés au droit OHADA. Ce qui affecte de manière importante la prévisibilité des solutions apportées aux problèmes de droit soulevés à l'occasion de litiges.

Adéquation au contexte discutée. Par ailleurs, les règles adoptées en droit OHADA souffrent encore d'une appropriation limitée. La grande majorité des acteurs économiques exerçant au sein de l'espace OHADA ne tiennent pas compte de ces normes dans le cadre de l'exercice de leur activité ; ni à l'occasion de la résolution des conflits susceptibles d'en naître. Cette défiance à l'égard du droit OHADA est analysée dans le sens de l'inadéquation des règles adoptées au regard du contexte dans lequel elles se déploient.

Cette inadéquation des règles prévues par le droit OHADA par rapport au contexte nous emmène sur le terrain des conditions d'élaboration des normes. L'OHADA a fait le choix, contrairement à ce que nous pouvons notamment observer dans le domaine des affaires en droit français, de construire son corpus juridique selon un mode descendant.

Contestation du mode d'élaboration des normes. Ayant dès le départ écarté du processus d'élaboration des normes, les institutions exerçant le pouvoir législatif au sein des différents Etats-Membres, l'OHADA a ensuite ôté à ceux-ci toute possibilité d'intervention postérieure sur l'ensemble des sujets compris dans son périmètre de compétence. La construction des textes est généralement le fait d'experts juridiques, n'associant quasiment pas les acteurs économiques de l'espace OHADA. Et lorsque les textes de l'OHADA font l'objet de réformes, celles-ci ne

s'appuient aucunement sur une évaluation sérieusement menée auprès de ces acteurs portant sur les dispositions remplacées.

Nous avons pu constater que, les experts chargés de l'élaboration des différents textes de l'OHADA avaient une tendance anormalement accentuée à la reproduction des dispositions des droits occidentaux, majoritairement ceux du droit français. Il en résulte que, l'OHADA se détourne de la pratique lorsqu'il s'agit de concevoir des règles de droit, mais espère que celles qu'il édicte s'imposent à leurs destinataires, du simple fait qu'elles présentent un caractère obligatoire.

Par le choix d'une telle orientation, l'OHADA ignore cette recommandation formulée par Portalis dans le cadre de son discours préliminaire de présentation du Code civil napoléonien : « Le législateur ne doit pas perdre de vue le fait 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 lesquelles elles sont faites ».

L'OHADA va ainsi devoir, si elle souhaite améliorer l'effectivité des règles de droit qu'elle produit, s'orienter de manière beaucoup plus importante, vers un mode d'élaboration des textes s'appuyant sur les mécanismes juridiques développés par la pratique ; déterminer celles qui sont communes aux différents Etats-Membres, et proposer différentes options aux destinataires de ces normes lorsque l'adoption d'une règle unique se révélera inopportune.

En outre, il sera nécessaire que l'OHADA accompagne de manière bien plus ambitieuse les Etats-Membres dans l'amélioration du fonctionnement de leurs institutions judiciaires. Nous pouvons identifier dans la formation des acteurs du monde judiciaire et dans l'accessibilité des ressources juridiques, des ingrédients indispensables à la réduction de l'insécurité judiciaire commune aux différents Etats-Membres.

Dans le même temps, l'OHADA devra faire l'effort de rapprocher ses institutions des citoyens. Elle devra notamment prendre les mesures nécessaires pour que l'accès à la CCJA, gardienne d'une interprétation harmonisée des textes au sein de l'espace OHADA, ne soit pas limité par des contraintes non-indispensables et aisément surmontables.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages généraux

ALBIGES (C.) et DUMONT-LEFRAND (M-P), *Droit des sûretés*, 6 éd., Dalloz », Paris, Dalloz, 2017.

ANDRÉ (A), *Traité pratique du régime hypothécaire*, éd. Marchal et Billard, Paris, 1882.

ANCEL (P), *Droit des sûretés*, coll., Objectif droit, LexisNexis, 2014.

ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA-SAYEGH (J.), YANKHOBA NDIAYE (I.), SAMB (M.), *OHADA, Sûretés*, Ed. Bruylant, 2002.

ANOUKAHA (F.), TJOUEN (A.D.), *Les procédures simplifiées de recouvrement et les voies d'exécution en OHADA*, PUA, 1999.

ANOUKAHA (F), *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998.

ARGENSON (J.), TOUJAS (G.), *Traité des procédures collectives*, Litec, 2ème éd., 1995.

ATIAS (C.), *Droit Civil. Les Biens*, Litec, Manuel, 12^{ème} éd. 2014.

AYNÈS (L), CROCQ (P), *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, 11^{ème} éd., 2017.

AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Droit des biens*, Defrénois, Droit civil, 7^{ème} éd. 2017.

AYNES (L.), MALAURIE (P.), *Les sûretés, droit du crédit*, éd. Cujas, 2ème éd., 1988.

AYNES (L.), MALAURIE (P.), STOFFEL-MUNCH (P.), *Les obligations*, Defrénois, 9^{ème} éd. 2017.

BARTHEZ (A.-S.), HOUTCIEFF (D.), *Traité de droit civil, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010.

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), DE LOYNES (P.), *Traité théorique et pratique de droit civil, Des privilèges et hypothèques et de l'exécution forcée*, Paris, Ed. L. Larosse, t. 1, 1895.

BENABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 12^{ème} éd. 2016.

BENABENT (A) *Droit des obligations*, Montchrestien, Domat droit privé, 16^{ème} éd. 2017.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), CIMAMONTI (S.), *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2^oéd., mars 2010.

BEUDANT (R.), LEREBOURS-PIGEONNIERE (P.), VOIRIN (P.), *Les sûretés personnelles et réelles*, Rousseau, 1948.

BOURASSIN (M), BREMOND (V), JOBARD-BACHELLIER (M-N), *Droit des sûretés*, 5^{ème} éd., Sirey, 2016.

BRENNER (C.), *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2017.

CABRILLAC (M), MOULY (C), CABRILLAC (S), PÉTEL (P), *Droit des sûretés*, 10^{ème} éd., Litec, 2015.

CADIET (L.), JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Litec, 10^{ème} éd., 2017.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens*, t. 3, PUF, Thémis, Droit Privé, 15^{ème} éd., 1992.

CARBONNIER (J.), *Les obligations*, PUF, Thémis, Droit privé, 22^{ème} éd. 2000.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004.

CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les biens, Les obligations*, PUF, 2004.

COLLART-DUTILLEUL (F.), DELEBECQUE (P.), *Les contrats civils et commerciaux*, Dalloz, Précis 10^{ème} éd. 2015.

COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficultés, Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2017.

COUCHEZ (G.), LEBEAU (D.), *Voies d'exécution*, Sirey, 11^{ème} éd. 2013.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, Litec, 30^{ème} éd. 2017.

DAGOT (M.), *La publicité foncière*, PUF, Thémis droit, 1981.

DAGOT (M.), *Les sûretés*, PUF, Thémis Droit, 1981.

DE SOTO (H.), *L'autre sentier : la révolution informelle dans le tiers monde*, La Découverte, 1994.

DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, LGDJ, 4^{ème} éd. 2017.

DIDIER (P.), DIDIER (P.), *Droit commercial, Les sociétés commerciales*, Economica, 2011.

DJOGBENOU (J.), *L'exécution forcée, Droit OHADA*, CREDIJ, 2^{ème} éd., 2011.

DONDERO (B.), LE CANNU (P.), *Droit des sociétés*, LGDJ, 6^{ème} éd. 2014.

DONNIER (M.), DONNIER (J.-B.), *Voies d'exécution et procédure de distribution*, LexisNexis, 9^{ème} éd. 2017.

FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 4^{ème} éd. 2016.

FÉNÉON Alain, *Droit des sociétés en Afrique, OHADA*, LGDJ, 2015.

FIDLER (P.), WEBSTER (L.), *Le secteur informel et les institutions de micro-financement en Afrique*, Banque mondiale, 1996.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), SAVAUX (E.), *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16^{ème} éd. 2014.

FRANÇOIS (J.), *Droit civil, Les obligations, Régime général*, Economica, 4^{ème} éd., 2017.

GERMAIN (M.), MAGNIER (V.) *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, LGDJ, 22^{ème} éd. 2017.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ 2005.

GHESTIN (J.), DESCHE (B.), *Traité des contrats, La vente*, LGDJ, 1990.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1994.

GHESTIN (J.), HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LECUYER (H.), *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 2012.

GUINCHARD (S.), MOUSSA (T.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz-Action, 2015-2016.

GUYON Yves, *Droit des affaires, entreprises en difficultés, redressement judiciaire - Faillite*, Economica, t. 2, 2003.

HOONAKKER (P.), *Procédures civiles d'exécution, Voies d'exécution, Procédures de distribution*, Larcier, 6^{ème} éd., 2017.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficultés*, Litec, 7^{ème} éd. 2017.

JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial, Entreprises en difficultés*, Dalloz, 7^{éd.}, 2006.

JULIEN (J.), *Droit des obligations*, Larcier, 3^{ème} éd., 2017.

JULIEN (P.), TAORMINA (G.), *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LGDJ, 2^{ème} éd. 2010.

LAMBERT-FAIVRE (Y.), LEVENEUR (L.), *Droit des assurances*, Dalloz, 13^{ème} éd. 2011.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, Economica, 2003.

LARROUMET (C.), *Droit civil, Les biens, Les droits réels principaux*, Economica, 5^{ème} éd., 2006.

LAUBA (R.), *Le contentieux de l'exécution*, LexisNexis, 2015.

LE CANNU (P.), LUCHEUX (J.-M.), PITRON (M.), SENECHAL (J.-P.), *Entreprises en difficultés, Prévention, redressement et liquidation judiciaire*, GKN Joly Editions, 1994.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2017-2018.

LE CORRE (P.-M.), LE CORRE BROLY (E.), *Droit du commerce et des affaires, Droit des entreprises en difficultés*, Sirey, 2^{ème} éd., 2006.

LE GALLOU (C.), *Droit des sûretés - Droit des entreprises en difficulté*, Larcier, 2015.

LEBORGNE (A.), *Droit de l'exécution - Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, Précis, 2^{ème} éd. 2014.

LEGEAIS (D.), *Droit des sûretés et garanties du crédit*, 12^{ème} éd, LGDJ, 2017.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, Ed. Delmas, 4^{ème} éd. 2017-2018.

MALAURIE (P.), *Droit des personnes - La protection des mineurs et des majeurs*, Defrénois, Lextenso, 9^{ème} éd. 2017.

MALAURIE (P.), MORVAN (P.), *Introduction au droit*, Defrénois, 6^{ème} éd. 2016.

MARTY (G), RAYNAUD Pierre, JESTAZ Philippe, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987.

MAYER (P) et HEUZE (V), *Droit international privé*, 11^{ème} éd., LGDJ, 2014.

MAZEAUD (H.), (L.), (J.), CHABAS (F.), PICOD (Y.), *Leçons de droit civil, Sûretés et publicité foncière*, t. 3, 7^e éd. Montchrestien, 1999.

MESTRE (J), PUTMAN (E), BILLIAU (M), *Traité de droit civil, droit commun des sûretés réelles*, LGDJ., 1996.

MESTRE (J), PUTMAN (E), BILLIAU (M), *Traité de droit civil, droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ., 1996.

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, LGDJ, 2017.

MINKOA SHE (A), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties personnelles*, Dianoïa, 2010.

MINKOA SHE (A), *Droit des sûretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA, Les garanties réelles*, Dianoïa, 2010.

PEDAMON (M.), KENFACK (H.), *Droit commercial, Commerçant et fonds de commerce, Concurrence et contrats de commerce*, Dalloz, Précis, 4^{ème} éd. 2015.

PÉROCHON (F.), *Entreprises en difficultés*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2014.

PERROT (R.), THERY (P.), *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, 2000.

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, PUF, Thémis Droit, 3^{ème} éd. 2016.

PIEDELIEVRE (S.), *Procédures civiles d'exécution*, Economica, 2016.

PIEDELIEVRE (S.), *Droit des sûretés*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2015.

PIETTE (G.), *Droit des sûretés, Sûretés personnelles, Sûretés réelles*, Gualino, 11^{ème} Éd. 2017-2018.

POUGOUE (P.G.), KALIEU (Y. R.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, P.U.A., Yaoundé, 1999.

POUMAREDE (M.), *Droit des obligations*, LGDJ, 3^{ème} 2014.

RIPERT (G.), BOULANGER (J.), *Traité de droit civil, sûretés réelles, Contrats civils*, LGDJ, 1958.

ROUSSEL GALLE (P.), *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, 2012.

SAINT-ALARY-HOUIN (C), *Droit des entreprises en difficultés*, 10^{ème} éd, LGDJ, 2016.

SEUBE (J-B.), *Droit des sûretés*, Dalloz, 8^{ème} éd. 2016.

SIMLER (Ph), DELEBECQUE (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 7^{ème} éd, 2016.

SOINNE (B), *Traité des procédures collectives*, 2e éd., Litec, Paris, 1995.

STARCK (B.), BOYER (L.), ROLLAND (H.) *Droit civil, Les obligations*, Litec, 3^{ème} éd. 1989.

TERRE (F.), SIMLER (P.), *Les biens*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2014.

TERRE (F.), SIMLER (P.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 11^{ème} éd., 2013.

TEYSSIE (B.), *Droit civil, les personnes*, LexisNexis, 18^{ème} éd., 2016.

THÉRY (P), *Sûretés et publicité foncière*, 2e éd., P.U.F., 1988.

VOINOT (D.), *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ 2007.

WEILL (A), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 1979.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Cours de droit civil, Obligations*, Régime, PUF, 2013

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Les Biens*, PUF, 3^{ème} éd., 2008.

Ouvrages spéciaux

ASSI-ESSO (A. M.) et DIOUF (N) : *OHADA, Recouvrement des créances*, Bruylant, 2002.

Association Henri Capitant, *Les garanties de financement*, LGDJ, Paris, 1998.

BACHELET, (M.), *Système foncier et réformes agraires en Afrique noire*, LGDJ, 1968.

CARBONNIER (J), *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., LGDJ.

CATHERINE (C.-V.), *Le régime foncier rural en Afrique noire : Enjeux fonciers en Afrique noire*, Ed. Marcel HAYEZ, 1949.

CROCQ (P.), BRIZOUA-BI (M.), BLACK YONDO (L.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L-J), MARCEAU-COTTE (A), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, LAMY, 2012.

DAGOT (M.), *Le pacte de préférence*, Litec, 1988.

FATIN-ROUGE STEFANINI (M.), GAY (L.), VIDAL NAQUET (A.), *L'efficacité de la norme juridique, Nouveau vecteur de légitimité ?* », Bruylant, 2012.

GARRIER (C), Côte d'ivoire et zone OHADA : *Gestion immobilière et droit foncier urbain*, L'harmattan, 2007.

ISSA-SAYEGH (J), *Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005*, UNIDA.

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, PUA, 2010.

KOUASSIGAN (G-A), *L'homme et la terre, droits fonciers, coutumiers et droits de propriété en Afrique occidentale*, ORSTOM, 1966.

KOUASSIGAN (G-A), *Quelle est ma loi*, Ed. A.PEDONE, 1974.

LAUTIER (B), *L'économie informelle dans le tiers monde*, Paris, La découverte, 1994.

LEBORGNE (A.), PUTMAN (E.), *Les obstacles à l'exécution forcée : permanence et évolution*, Coll. Droit et Procédures, 2009.

LHÉRIAU (L), *Précis de réglementation de la microfinance : Le droit financier et la microfinance*, Epargne sans frontière- Agence française de développement, 2005.

LHÉRIAU (L), *Précis de réglementation de la microfinance : le droit technique de la microfinance*, Epargne sans frontière - Agence française de développement, 2005.

MADJARIAN (G.), *L'invention de la propriété : de la terre sacrée à la société marchande*, L'Harmattan, 1991.

MALAURIE (P.), *Anthologie de la pensée juridique*, Ed. Cujas, 2ème éd. 2001.

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

OLAWALE (E. T.), *La nature du droit coutumier africain*, Présence africaine, 1961.

ONANA ETOUNDI (F.), *OHADA : Jurisprudence thématique, commentée et annotée de la Cour commune de justice et d'arbitrage (1997-2008)*, Presses de l'AMA, 2009.

POUGOUE (P-G), KALIEU ELONGO (Y. R.), *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008.

POUGOUE (P-G), TEPEI KOLLOKO (F.), *La saisie immobilière dans l'espace OHADA*, PUA, 2010.

PRATTE (D), *Priorités et hypothèques*, RDUS, 3e éd., 2012.

SAMB (M), OLORY-TOGBE (G), ANASSIDE (O), POSSY BERRY QUENUM (P. R.), ASSOGBA (E. S. E.), *Étude sur les difficultés de recouvrement des créances dans l'espace Uemoa (bénin, Burkina-Faso, Mali, Sénégal)*, Centre de recherche et de Documentation de l'École Régionale Supérieure de la Magistrature, 2013.

SOL (B.), HARANGER (D), *Recueil général et méthodique de la législation et de la réglementation des colonies françaises*, Société d'éditions géographiques, maritimes et coloniales, 1930.

SOSSA (C. D.), *Introduction à l'étude du droit*, Ed. TUNDE, 2007.

THIAM (S), *Introduction historique au droit en Afrique*, L'harmattan, 2011.

TIGER (P), *Le droit des affaires en Afrique, OHADA*, PUF, 2001.

Thèses

ABARCHI (D), *Pour une adaptation du droit nigérien des procédures collectives à l'évolution socio-économique*, th. Orléans, 1990.

ADIBA (A. B.), *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, th. Montréal 2012.

ADIDO (R), *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.

ADJAGBA-ICHOLA (I.), *Le déclin des sûretés réelles spéciales dans les procédures collectives de redressement des entreprises*, th. Paris II, 1988.

ADOUKO (A. B.), *Le droit uniforme africain et le droit international privé*, th. Bordeaux, 2013.

ALGADI (A. S.), *Contrats et droit OHADA des procédures collectives, Étude à la lumière du droit français*, L'harmattan, 2009.

ATIAS (C.), *Le transfert conventionnel de la propriété immobilière*, th. Poitiers, 1974.

AYNES (A.), *Le droit de rétention : unité ou pluralité*, th. Paris II, Economica, 2005.

BALLAL (O.), *Les usages et le droit OHADA*, PUAM, 2014.

BARRIERE (F.), *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, 2004.

BLANDIN (Y.), *Sûretés et bien circulant, contribution à la réception d'une sûreté réelle globale*, th. Paris II, 2014.

BORGA (N.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles. Contribution à l'étude de la diversité des sûretés*, Paris, Dalloz, 2009.

BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), *Exclusivité et garanties de paiement*, LGDJ, 2012.

BOURASSIN (M.), *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.

BOUSTANI (D.), *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective*, th. Nice, 2013.

BOUTEILLE (M.), *Les propriétés conditionnelles*, PUAM, 2008.

BOUTHINON- DUMAS (V.), *Le banquier face à l'entreprise en difficulté*, Revue Banque, 2008.

BREMOND SARR (G.), *La sécurisation juridique de l'investissement dans l'OHADA, Le droit des sûretés à l'épreuve du recouvrement des créances*, th. Aix-Marseille III, 2005.

BOHOUSSOU (K.S.), *Réflexion critique sur l'efficacité des garanties réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, th. Bordeaux, 2015.

CABRILLAC (M.), *La protection des créanciers dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, th. Paris, Sirey, 1954.

CASEY (J.), *Les sûretés et la famille*, th. Bordeaux, 2000.

COTTET (M.), *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, 2013.

CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995.

DE BERTIER-LESTRADE (B.), *Les conflits d'acte juridiques en droit privé*, PUAM, 2003.

DIALLO (Y.), *Les sûretés et garanties réelles dans les procédures collectives : étude comparée du droit français et du droit OHADA*, th. Paris I, 2016.

DJIMASNA (N.), *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du Traité de l'OHADA*, th. Orléans, 2004.

DOGUE (K.), *Jalons pour un cadre de référence OHADA en droit des contrats*, th. Montréal, 2013.

DOLS-MAGNEVILLE (M.), *La réalisation des sûretés réelles*, th. Toulouse I, 2013.

DUCLOS (J.), *L'opposabilité, Essai d'une théorie générale*, LGDJ. 1984.

DUEDRA (M.), *Les sûretés conventionnelles sur les fonds professionnels : Essai d'une comparaison*, Th. Toulouse, 2012

DUPICHOT (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, 2005.

ERESEO (N.), *L'exclusivité contractuelle*, Litec, 2008.

EVELAMENOU (S. K.), *Le concordat préventif en droit OHADA*, th. Paris-Est, 2012.

FAMILY (R.), *L'acte de fiducie : étude de droit interne et de droit international privé*, Th. Paris II, 2000.

GOURDON (P.), *L'exclusivité*, LGDJ, 2006.

HOUIN-BRESSAND (C.), *Les contre-garanties*, Dalloz, 2006.

JULIENNE (M.), *Le nantissement de créance*, Th. Paris I, 2011.

KHAIRALLAH (G.), *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, 1984.

KODJO GNINTEDEM (M. D.), *L'efficacité des sûretés maritimes*, th. Yaoundé II SOA, 2011.

KOUMBA Éloge Mesmin, *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés des entreprises*, L'Harmattan, 2013.

KOUNDE Dédji, *Les actes uniformes OHADA et la croissance économique des États D'Afrique de la zone Franc*, Th., Perpignan, 2005.

KWEMO (S.), *L'OHADA et le secteur informel : L'exemple du Cameroun*, Larcier, 2012.

LE GAC-PECH (S.), *La proportionnalité en droit des contrats*, LGDJ, 2000.

LEGEAIS (D.), *Les garanties conventionnelles sur créance*, Economica, 1987.

LISANTI-KALCZYNSKI (C), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, Litec, 2001.

LEDUC (A), *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.

MACORIG-VENIER (F.), *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Th. Toulouse, 1992.

MADJIWEI (N. N.), *Le droit pratique des affaires au Tchad : quelle place pour le commerce informel ?*, th. Paris I, 2010.

MARTIAL (N.), *Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles*, PUAM, 2007.

MOULY (C.), *Les causes d'extinction du cautionnement*, Litec 1979.

MVONDO (P), *Le dualisme juridique en Afrique noire francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, th. Strasbourg III, 1995.

NGO MAKANDA (G-H), *Les garanties contractuelles camerounaises au regard du droit français*, th. Perpignan, 2004.

NGOUMTSA ANOU (G), *Droit OHADA et conflits de lois*, LGDJ, 2013.

ONANA ETOUNDI (F), *L'incidence du droit communautaire OHADA sur le droit interne de l'exécution des décisions de justice dans les États parties : cas du Cameroun*, Th. Yaoundé II, 2005.

PASTAUD (P), *L'efficacité des sûretés réelles en droit des affaires*, th. Limoges 1979.

PELISSIER (A.), *Possession et meubles incorporels*, Dalloz, 2001.

PÉROCHON (F), *La réserve de propriété*, Litec, 1988.

PIAZZON (T.), *La sécurité juridique*, Défrénois, 2009.

PINTO HANIA (V), *Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles*, th. Paris Est, 2011.

RANOUIL (V.), *La subrogation réelle en droit civil français*, LGDJ, 1985.

RIFFARD (J. F.), *Le Security Interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières : Contribution à une rationalisation du droit français*, LGDJ, 1997.

ROBINE (D.), *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ, 2003.

SALL (M), *Les garanties du crédit bancaire au Sénégal*, th. Bordeaux I, 1993.

SEGUELA (A.), *Nature du droit du créancier hypothécaire sur l'indemnité d'assurance*, Th. Toulouse, 1939.

SEMPE (N.), *Essai de contribution à une théorie générale des privilèges*, Th. Toulouse, 1996

SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective : Essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002.

SEUBE (J.-B.), *L'indivisibilité et les actes juridiques*, Litec, 1999.

SIGALAS (P.-A.), *Le cautionnement solidaire en matière civile, commerciale et cambiaire*, Th. Aix en Provence, 1959.

SOUPGUI (E), *Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans L'espace OHADA*, th. Yaoundé II SOA, 2008.

TAMEGHE (S. S. K), *La protection du débiteur dans le système des voies d'exécution OHADA*, Th., Bordeaux IV, 2003.

THOMAT-RAYNAUD (A.-L.), *L'unité du patrimoine*, Defrénois, 2007.

TORCK (S.) *Essai d'une théorie générale sur les choses fongibles*, Th. Paris II, 2001.

TRIVAUDEY-BOURDIN (C.), *L'indivisibilité en droit privé*, Th. Lille, 2003.

WITZ (C), *La fiducie en droit privé français*, Economica 1981.

ZEPI (S), *Le sort des créanciers titulaires de garanties réelles dans le droit des procédures collectives*, th. Nice, 2004.

Mémoires

SANNI (A. A.), *La problématique de la réalisation des hypothèques bancaires au Bénin*, Mémoire DESS, Université ABOMEY-CALAVI, 2002.

NDIAYE (D. N.), *Mécanismes de garantie de crédit utilisant le foncier : cas du Sénégal*, Mémoire Master, Centre Africain d'Etudes Supérieures de Gestion, 2009.

Colloques, séminaires

ABARCHI (D), « *Sécurité juridique et enjeux normatifs en Afrique de l'Ouest dans le domaine du droit des affaires* », Communication, Colloque sur le thème La concurrence des organisations régionales africaines, Université de Bordeaux IV, 2009, 13 P.

ADJAGBA-ICHOLA (I), « *Aspects socio-économiques du microcrédit* », 3e 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.

ANO (B. Y-B), « *L'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats : son impact sur la formalisation des garanties* », Communication, Actes du colloque sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT, 2008, n°1/2, P. 477.

BILE (K. E. J.), « *Quelques considérations sur l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* », Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT, 2008, P.481.

Conseil Supérieur du Notariat, Cercle Horizon / Club OHADA Orléans, « *Le Droit de la preuve dans l'espace OHADA* », Colloque du 9 Février 2010, Paris, 47 P.

DJOGBENOU (J), « *Les difficultés pratiques de mise en œuvre des procédures simplifiées de recouvrement des créances* », École Régionale Supérieure de la Magistrature, Formation des Magistrats et Assesseurs des tribunaux de commerce du Burkina-Faso, séminaire du 22 au 26 Février 2010, 91 P.

École Régionale Supérieure de la Magistrature, « *Le droit OHADA à l'épreuve de la pratique* », Formation spécialisée des Avocats, Notaires, huissiers de justice et autres Juristes, séminaire du 17-21 Juillet 2006, 163 P

FONTAINE (M), « *l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : vue d'ensemble* », Actes du colloque sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT, 2008, n°1/2, P. 203.

ISSA-SAYEGH (J) et POUGOUÉ (P-G), « *L'OHADA : défis, problèmes et tentatives de solutions* », Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT, 2008, P.455.

KENFACK DOUAJNI (G), « *La coordination de l'avant-projet d'Acte uniforme sur le droit des contrats avec les autres Actes uniformes de l'OHADA* », Actes du colloque sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT 2008, n°1/2, P. 367.

LESAFFRE (D), PESCHE (D), « *Microfinance et sécurisation du crédit aux exploitations familiales* », Séminaire International, Dakar, Janvier 2002, Le financement de l'agriculture familiale dans le contexte de libération : quelle contribution de la microfinance ? 16 P.

MESTRE (J), « *Regards contractuels sur l'OHADA* », Actes du colloque sur la sécurisation des investissements des entreprises en Afrique francophone, Aix-en-Provence, 20 Mars 2009, Revue Lamy, Droit Civil n°67, Janvier 2010, P. 72.

MODI KOKO BEBEY (H. D.), « *Contentieux des sûretés et du crédit* », École Régionale Supérieure de la Magistrature, Formation des Magistrats et Assesseurs des Tribunaux de commerce du Burkina-Faso, Séminaire du 19 au 23 Octobre 2009, 101 P.

MODI KOKO BEBEY (H. D.), « *Le statut juridique du commerçant* », Communication, Formation des formateurs aux actes uniformes révisés, École Régionale Supérieure de la Magistrature, Juillet 2011.

ONANA ETOUNDI (F.), « *Formalisme et preuve des obligations contractuelles dans l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats* », Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT 2008, n°1/2, P. 355.

PICOD (Y.), CROCQ (P.), *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, EJT, 2006

SOSSA (D. C.), « *Le champs d'application de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA sur le droit des contrats : contrats en général / contrats commerciaux / contrats de consommation* »,

Actes du colloque sur l'Harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT 2008, n°1/2, P. 339.

TATAW ZOUEU (M), « *Libres propos sur l'avant-projet d'acte uniforme sur le droit des contrats* », Actes du colloque sur l'harmonisation du droit OHADA des contrats – Ouagadougou 2007, Revue de droit uniforme, UNIDROIT 2008, n°1/2, P.503.

TIGER (P), « *Droit de la preuve dans l'espace OHADA : Introduction générale* », Actes du colloque sur le droit de la preuve dans l'espace OHADA, Paris le 9 février 2010, Revue de Droit uniforme africain, n°01, P.10.

Articles

ABARCHI (D), « *L'introduction du « Tolme » ou « Djinguina» dans le nouveau code de commerce nigérien : une tentative de valorisation d'une sûreté traditionnelle aux suites incertaines* », Revue nigérienne de droit, n°4, Décembre 2001, P. 55.

ADJITA Akrawati Whamsidine, « *Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A)* », Recueil Penant, n°844, Juillet-septembre 2003, P.279.

AHO Ferdinand et KODO Jimmy, « *Le régime juridique du droit de rétention dans l'OHADA et en droit français* », Revue Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence des Affaires, n°2, Juillet-Septembre 2009, P.137.

ALGADI Aziber Seïd et ELKOUBI Laurence, « *La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA des procédures collectives* », Revue congolaise de droit et des affaires, n°8, Avril-juin 2012, P.25.

ANVILE N'GORAN Jean-Jacques, « *Du cautionnement solidaire dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA* », Recueil Penant, n°857, Octobre-décembre 2006, P.401.

AURILLAC Michel, « *L'exécution dans la pratique et ses difficultés contre une partie africaine* », Revue Camerounaise de l'Arbitrage, n°2, Juillet-Septembre 1998, P.3.

BANE Oumar, « *Le tiers face aux procédures collectives de l'OHADA* », Jurifis, édition spéciale, n° 12, Octobre 2012, P.49.

BIBOUM BIKAY François, « *Les situations de fait en droit des sociétés de l'OHADA* », Recueil Penant, n°883, Avril-juin 2013, P.222.

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, Journée Annuelles OHADA, Université de Dschang, 28 Octobre 2010, 13 P.

BOUTORA-TAKPA Koleka, « *Evolution et evaluation du droit OHADA* », Revue de droits des affaires internationales, n°6, Décembre 2008, P.735.

COFFY de DOISDEFFRE Marie Joseph, « *Le rapprochement des normes de l'OHADA avec la législation des pays d'Afrique anglophone à la lumière de l'expérience de l'harmonisation du droit des affaires des pays de l'Union Européenne* », Recueil Penant, n°849, Octobre-Décembre 2004, P.425.

DIALLO Bakary, « *Libres propos sur l'usage du français comme langue juridique en Afrique noire* », Jurifis, édition spéciale, n°12, octobre 2012, P.12.

DICKERSON Claire Moore, « *The introduction of OHADA law in Anglophone countries : linguistic challenges* », Revue de droits des affaires internationales, n°6, Décembre 2008, P.743.

DIFFO TCHUNKAM Justine, « *Actualité et perspective du droit OHADA des affaires après la réforme de l'Acte Uniforme relatif au Droit Commercial général du 15 décembre 2010* », Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, Université Montesquieu – Bordeaux IV, Octobre 2017, 26 P.

DJOGBENOU Joseph, « *La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA* », Recueil Penant, n°867, Avril-Juin 2009, P.133.

FEVILIYE-DAWEY Claudia Inès, « *La problématique de l'interprétation et de l'application d'un droit commun : L'exemple du droit des affaires en Afrique francophone* », Recueil Penant, n°847, Avril-Juin 2004, P.133.

GATSI Jean, « *L'avis à tiers détenteur et le nouveau droit des affaires OHADA* », 33 P., <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-05-24.html>

GATSI Jean, « *Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA* », 23 P. <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-05-32.html>

ISSA-SAYEGH Joseph, « *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA* », Recueil Penant, n°851, Avril-Juin 2005, P. 150.

ISSA-SAYEGH Joseph, « *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des États parties avec le Actes uniformes de l'OHADA et réciproquement* », Recueil Penant, n°850, janvier-Mars 2005, P .6.

JAMES Jean Claude, « *Chronique de Jurisprudence OHADA sur le droit de rétention* », Revue du CERDIP, volume 2, n°2, Juillet –Décembre 2006, P.182.

JAMES Jean-Claude, « *Le droit de rétention en droit uniforme africain* », La Revue du CERDIP, volume 1, n°2, juillet-Décembre 2002, P. 3.

KANTE Alassane, « *Réflexions sur le droit de la concurrence et de la protection des consommateurs dans l'UMOA : l'exemple du Sénégal* », 19 P. <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-06-03.html>

KENFACK DOUAJNI Gaston, « *Suggestions en vue d'accroître l'efficacité de l'OHADA* », revue Camerounaise de l'Arbitrage, n°24, Janvier-Mars 2004, P.3.

KODJO GNINTEDEM Marie Duvale, « *Heurs et malheurs de l'article 4 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés* », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle, n°2, mars 2013, Législation.

KODO Jimmy, « *Aperçu de l'application des actes uniformes de l'OHADA* », Revue de Droit Uniforme Africain, Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence, n° 4, 2011, P. 9.

KOUADIO Kouassi, « *Conflits de normes et application du droit communautaire dans l'espace OHADA* », Actualités juridiques n°70, 2011, P.42.

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.

LOUKAKOU Didier, « *Les conventions réglementées dans les sociétés commerciales de l'espace OHADA* », Recueil Penant, n°848, Juillet-septembre 2004, P.326.

MAÏDAGI Maïnassara, « *Le défi de l'exécution des décisions de justice en droit OHADA* », Recueil Penant, n° 855, Avril-Juin 2006, P.176.

MASAMBA Roger, « *Avantages comparatifs des actes uniformes de l'OHADA* », Recueil Penant, n°869, Octobre-Décembre 2009, P. 489.

MBA-OWONO Charles, « *Société de fait et société créée de fait : une distinction empreinte de confusion en droit uniforme OHADA* », Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross, P. 467.

MBARGA Armand, « *Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciales* », Recueil Penant, n°882, Janvier-Mars 2013, P.28.

MEMAN Fatimata, « *La société unipersonnelle dans le droit des sociétés commerciales OHADA : une législation à parfaire* », Recueil Penant, n°868, Juillet-Septembre 2009, P.312.

MEUKE Bérenger Y., « *Brève réflexion sur la garantie des crédits accordés par les établissements financiers aux collectivités locales en zone OHADA* », 4 P. <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-11-85.html>

MINOU Sterling, « *La juridiction prévue à l'article 49 de l'Acte uniforme OHADA N°6 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution est-elle le juge des référés au Cameroun ?* », Juridis Périodique, n°62, 2005, P. 97.

NÉGRE Christophe, « *L'insécurité judiciaire : un obstacle à l'efficacité du droit OHADA* », revue du droit des affaires internationales, n°6, Décembre 2008, P.757.

NGWE Marie-Andrée, « *L'application des actes uniformes de l'OHADA au Cameroun* », Recueil Penant, n° 850, Janvier-Mars 2005, P.81.

NSIE Etienne, « *La formation du contrat de vente commerciale en Afrique : Analyse du Titre II du Livre V de l'acte uniforme de l'OHADA relatif au droit commercial général* », Recueil Penant, n°829, Janvier-Avril 1999, P.5.

ONANA ETOUNDI Félix, « *La réforme des procédures de recouvrement et des voies d'exécution en droit OHADA : Étude pratique de la législation et de jurisprudence* », Revue juridique de droit uniforme africain, n°1, P.29.

OTOUMOU Jean-Calry, « *Le droit de rétention en droit OHADA* », Recueil Penant, n°838, Janvier-Mars 2002, P.75.

SAKHO Mactar, « *Dossier pratique sur les techniques d'optimisation des sûretés : Les pièges à éviter. Les diligences à respecter* », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires- Pratique Professionnelle, n°1, Juin 2012, Pratique professionnelle.

SAWADOGO Filiga Michel, « *La question de la saisissabilité ou de l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA* », Recueil Penant, n°860, Juillet-septembre 2007, P. 305.

SAWADOGO Harouna, « *L'application des actes uniformes OHADA par les juridictions nationales du Burkina Faso* », Recueil Penant, n° 850, Janvier-Mars 2005, P.71.

SIDIBE Adama yoro, « *Réflexions sur la pratique malienne en matière d'injonction de payer* », Bamako, le 15 Février 2005, Revue trimestrielle de droit et de jurisprudence des affaires, n°2, P.159.

SOH Maurice, « *La situation des créanciers du salarié dans les procédures d'exécution de l'OHADA ou le difficile équilibre entre les intérêts en présence* », Juridis Périodique n°49, Janvier-Mars 2002, P. 101.

SOUOP Sylvain, « *la réalisation des garanties : mission impossible ?* », 2008, 11 P. <http://www.ohada.com/doctrine/ohadata/D-08-11.html>

SOUPGUI Eloie, « *la protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA* », Recueil Penant, n°870, Janvier-Mars 2010, P.66.

TCHANTCHOU Henri et NDZUENKEU Alexis, « *L'exécution provisoire à l'ère de l'OHADA* », Recueil Penant, n° 850, Janvier-Mars 2005, P.46.

TEMPLE Henri, « *Quel droit de la consommation pour l'Afrique ? Une analyse critique du projet OHADA d'Acte uniforme sur le droit de la consommation* », Revue burkinabé cd droit, n°43-44, 1^{er} et 2^{ème} semestre 2003.

TEPPI KOLLOKO Fidèle, « *Droit et pratique de la common law à l'épreuve du droit OHADA* », Recueil Penant, n°856, Juillet-Septembre 2006, P.345.

THOUVENOT Sébastien, « *L'importance d'une évaluation de l'OHADA* », Revue de droits des affaires internationales, n°6, Décembre 2008, P.739.

ZERBO Zakeye, « *le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA : Étude comparative* », Recueil Penant, n°836, Mai-Août 2001, P.125.

Dictionnaires juridiques

ALLAND (D), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003

BETTINI (R.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993.

DEBARD (T), GUINCHARD (S), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, Dalloz, 2017.

CABRILLAC (R.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2018*, LexisNexis, 2017.

CHAGNOLLAUD (D.), DRAGO (G.), *Dictionnaire des droits fondamentaux*, Dalloz,

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2009

POUGOUE (P-G), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011.

INDEX

Renvoi aux numéros de pages du document

A

Abus de droit
 Notion, 108
Abusus, 170, 217
Accessoire, 98
 Cautionnement, 98
 Garanties réelles, 150
Acte authentique, 117
 Acte authentique administratif, 118
 Acte authentique judiciaire, 118
 Acte notarié, 117
Acte de commerce, 516
Acte sous seing privé, 118
Actes de commerce, 60
 Notion, 60
Actes mixtes, 62
 Preuve, 62
Action en distraction, 398
Action en revendication, 373
Agrément
 Nantissement de parts sociales, 307
Antichrèse, 114
Attribution conventionnelle, 204
 Gage, 207
 Hypothèque, 215
 Indisponibilité, 394
Attribution en propriété, 204
 Attribution conventionnelle, 204
 Attribution judiciaire, 204
 Cession de créance à titre de garantie, 219
 Gage, 205
 Hypothèque, 213
 Nantissement, 208
 Nantissement de créance, 221
 Notion, 204
 Réserve de propriété, 217
 Transfert fiduciaire de somme d'argent, 220
Attribution judiciaire, 204
 Droit de rétention, 266
 Gage, 206
 Hypothèque, 214
 Indisponibilité, 395

B

Bénéfice de discussion
 Garanties pour autrui, 233
Bénéfice de division
 Garanties pour autrui, 235
Bénéfice de subrogation
 Cautionnement, 99

Conditions, 100
Garantie réelle pour autrui, 241
Sanction, 103
Bonne foi, 283
 Qualification, 278

C

Capacité, 441
Cause, 450
Cautionnement, 41
 Actes mixtes, 62
 Bénéfice de discussion, 46
 Bénéfice de division, 46
 Caution analphabète, 62
 Cautionnement commercial, 60
 Cautionnement omnibus, 47, 50, 54
 Cautionnement simple, 45
 Certification de caution, 55
 Compte-courant, 51, 54
 Consensualisme, 57
 Consentement, 56
 Droit de la consommation, 57
 Exceptions inhérentes à la dette, 96
 Formalisme, 56
 Indéfini, 49
 Information, 44
 Modalités, 41
 Notion, 41
 Obligation de couverture, 50
 Obligation de règlement, 51
 Obligation d'information, 77
 Opposabilité des exceptions, 95, 96
 Preuve, 58
 Proportionnalité, 56, 65
 Recours, 84
 Recours personnel, 91
 Solennité, 55
 Solidarité, 42
Cautionnement réel
 Nature, 73
 Notion, 73
Cautionnement réel.
 Régime, 74
Cautionnement,
 Efficacité, 95
Cessation de paiement
 Notion, 85
Cession de créance à titre de garantie
 Assiette, 134
 Attribution en propriété, 219
 Conditions, 173

- Créance objet de la garantie, 174
- Formalisme, 121
- Notion, 121
- Publicité, 137
- Qualité des parties, 173
- Spécialité de la créance, 128
- Cession de créances à titre de garantie
 - Indisponibilité, 399
- Clause d'inaliénabilité, 325
 - Sanction, 326
- Clause de préemption, 323
 - Sanction, 324
- Clause de réserve de propriété
 - Assiette, 133
- Commerçants, 515
 - Immatriculation, 516
- Compte courant
 - Naissance de la dette, 338
- Concession, 457
- Conciliation, 331
 - Effet suspensif, 361, 366
 - Privilège de new money, 350
- Conflits de lois, 425
- Connexité
 - Notion, 158
- Consensualisme, 440
- Consentement, 428
- Contre-garantie autonome, 41, *V. Garantie autonome*
- Conventions interdites, 294
- créancier
 - Dation en paiement, 96

D

- Défense de paiement
 - Contre garantie, 110
- Délai de grâce, 417
- Dol, 433
- Droit de jouissance, 458
- Droit de préférence
 - Notion, 169
- Droit de rétention, 114, 262, 264
 - Assiette, 134, 154
 - Attribution judiciaire, 266
 - Conciliation, 371
 - Conditions, 153
 - Conventionnel, 160
 - Créance garantie, 128, 156
 - Détention du bien, 153
 - Exigibilité de la créance, 157
 - Gage avec dépossession, 166
 - Indisponibilité, 396
 - Juridique, 160
 - Lien de connexité, 158
 - Liquidation, 371
 - Liquidité de la créance, 156
 - Matériel, 159
 - Notion, 153
 - Réalisation, 264

- Redressement judiciaire, 371
- Subrogation réelle, 253, 255
- Vente, 265
- Droit de rétention conventionnel
 - Conditions, 161
 - Créances futures, 162
 - Créances garanties, 161
 - Forme, 161
- Droit de suite
 - Notion, 169
- Dualité de propriétaire du garant, 452

E

- Economie informelle, 513
 - Notion, 514
- Effectivité**, 513
 - Notion, 33
- Effet suspensif, 361
 - Garanties, 361
 - Liquidation, 364
 - Opposabilité, 365
 - Redressement judiciaire, 364
 - Règlement préventif, 362
- Efficacité**, 171, 203, 421
 - Garantie réelle immobilière, 197
 - Garanties, 83
 - Garanties réelles, 242, 259
 - Notion, 33
- Entreprenant, 516
- Erreur, 428
- Etablissements de crédit
 - Constitution de garanties, 300
- Exceptions inhérentes à la dette, 96
- Exigibilité, 157
- Extinction de la dette, 96
 - Novation, 97

F

- Fichier national, 521
- Fichier régional, 522
- Fonds de commerce
 - Notion, 191
- Fonds de garantie, 528
- Fongibilité
 - Gage avec dépossession, 167
 - Gage sans dépossession, 169
 - Notion, 167
- Formalisme
 - Sanction, 81
- Fraude
 - Notion, 108
- Fructus, 170, 217

G

- Gage, 114
 - Accessoire, 150

- Assiette, 134
- Attribution en propriété, 205
- Classement, 261
- Conflits, 166
- Formalisme, 123
- Indivisibilité, 148
- Notion, 122
- Obligation de conservation de la chose, 164
- Opposabilité, 163
- Principe de spécialité de l'objet, 135
- Publicité, 137
- Spécialité de la créance, 129
- Subrogation réelle, 246, 254, 257
- Vente, 226
- Gage de matériel professionnel, 175
- Gage de stocks, 177
 - Conditions, 177
 - Formalités, 177
- Gage de véhicules automobiles, 175
 - Formalités, 176
- Gage immobilier, 113, 114
- Garantie
 - Absence de déclaration, 335
 - Période suspecte, 336
 - Réalisation forcée, 407
- Garantie autonome, 41
 - Abus manifeste, 108, 109
 - Consentement, 80
 - Défense de paiement, 107
 - Durée déterminée, 72
 - Durée indéterminée, 72
 - Efficacité, 103
 - Formalisme, 79
 - Formation, 70
 - Fraude manifeste, 108, 109
 - Garantie à première demande, 104
 - Garantie documentaire, 105
 - Inopposabilité des exceptions, 69
 - Limites, 70
 - Mentions obligatoires, 80, 81
 - Modalités d'exécution, 104
 - Notion, 67
 - Objet, 68
 - Obligation d'information, 106
 - Personnes morales, 81
 - Personnes physiques, 69
 - Recours personnel, 91
 - Terme, 71
- Garantie personnelle
 - Indisponibilité, 390
- Garantie réelle, 113, 114
 - Attribution en propriété, 204
 - Classement, 259
 - Créances futures, 127
 - Droit foncier, 454
 - Efficacité, 115
 - Forme, 116
 - Indivisibilité, 150
 - Publicité, 136
 - Vente, 204, 225
- Garantie réelle mobilière
 - Durée de l'inscription, 140
 - Publicité, 136
 - Vente, 226
- Garantie réelle pour autrui, 229
 - Bénéfice de division, 235
 - Bénéfice de subrogation, 241
 - Réalisation, 231
 - Recours anticipé, 238
 - Recours après réalisation de la garantie, 242
 - Recours personnel, 239
 - Recours subrogatoire, 240
- Garanties
 - Garantie réelle, 113
 - Garanties personnelles, 37
 - Notion, 31
 - Obligation de déclaration, 333
 - Obligation d'information, 76
 - Recours, 83
 - Sûreté réelle, 113
 - Sûretés, 30
 - Sûretés personnelles, 39
- Garanties pour autrui
 - Bénéfice de discussion, 233
- Garanties réelle mobilière
 - Attribution en propriété, 205
- Garanties réelles
 - Formalisme, 119
 - Garanties réelles mobilières, 119

H

- Hypothèque, 114
 - Accessoire, 151
 - Acte authentique, 117
 - Acte sous seing privé, 118
 - Attribution en propriété, 213
 - Classement, 260
 - Droit de préférence, 169
 - Droit de suite, 169
 - Droits du constituant, 169
 - Durée de l'inscription, 143
 - Formalisme, 116
 - Immeuble en indivision, 199
 - Immeuble indivis, 199
 - Immeubles futurs, 131
 - Indivisibilité, 148
 - Prêt à court terme, 141
 - Publicité, 141
 - Quote-part indivise, 199
 - Subrogation réelle, 250, 259
 - Vente, 228
- Hypothèque de la masse des créanciers, 358
- Hypothèque forcée légale
 - Assiette, 197
 - Constitution, 197
- Hypothèque judiciaire
 - Publicité, 142

I

Immatriculation
 Garanties réelles, 487, 488
 Saisie immobilière, 489

Immeubles présents
 Notion, 131

Immunité d'exécution, 407
 Garanties, 408
 Garanties exclusives, 410
 Garanties préférentielles, 409

Indisponibilité
 Garanties, 381
 Notion, 381
 Saisie immobilière, 380, 381
 Saisie mobilière, 380, 383
 Saisie sur créances, 391
 Saisies conservatoires, 379

Indivisibilité
 Assiette, 148
 Créance, 147
 Notion, 147

Indivision
 Notion, 198

Inopposabilité
 De droit, 336
 Facultative, 336

Inopposabilité facultative
 Notion, 340

Insaisissabilité, 411
 Garanties personnelles, 413
 Garanties réelles, 413

Interdiction des paiements
 Cessions globales d'activités, 373
 Créances antérieures, 370
 Règlement préventif, 369

L

L'attribution en propriété, 204

Liquidation, 331
 Cession globale d'activité, 375
 Constitution des garanties, 348
 Effet suspensif, 364, 368
 Superprivilège des salariés, 355

Liquidité de la créance
 Notion, 156

M

Mandat, 445
 Forme, 447

N

Nantissement, 114, 124
 Assiette, 135
 Attribution en propriété, 208
 Classement, 261

Notion, 124
 Publicité, 138
 Solennité, 125
 Spécialité de la créance, 129
 Spécialité de l'assiette, 135

Nantissement de compte bancaire
 Attribution en propriété, 223
 Effets, 181
 Formalisme, 125
 Publicité, 138
 Spécialité de la créance, 129

Nantissement de compte de titres financiers
 Attribution en propriété, 210
 Formalités de constitution, 186
 Notion, 185
 Qualité des parties, 186
 Vente, 228

Nantissement de comptes de titres financiers
 Formalisme, 126
 Publicité, 138
 Spécialité de la créance, 130

Nantissement de créance
 Attribution en propriété, 221
 Effets, 181
 Formalisme, 125
 Indisponibilité, 400
 Information du débiteur, 180
 Notion, 179
 Opposabilité, 180
 Publicité, 138
 Spécialité de la créance, 129

Nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières, 138
 Attribution en propriété, 209
 Notion, 183
 Vente, 227

Nantissement de droits d'associés et valeurs mobilières
 Spécialité de la créance, 130

Nantissement de droits de propriété intellectuelle
 Qualité des parties, 190
 Spécialité de la créance, 130
 Vente, 227

Nantissement de fonds de commerce
 Attribution en propriété, 209
 Obligation d'information, 193
 Publicité, 138
 Vente, 227

Nantissement de parts sociales et de valeurs mobilières, 307

Nantissement des droits d'associés et de valeurs mobilières
 Formalisme, 126

Nantissement des droits de propriété intellectuelle
 Attribution en propriété, 209
 Formalisme, 126
 Notion, 190

Nantissement du fonds de commerce
 Déplacement du fonds, 193
 Notion, 192

Spécialité de la créance, 130
Nantissements judiciaires
Publicité, 139

O

Objet, 448
Objet social, 277, 286
Obligation d'information, 76
 Cautionnement, 77
 Mise en oeuvre, 79
 Sanction, 78
OHADA
 Actes uniformes, 16
 Construction, 11
 Droit de la consommation, 57
 Etats-Membres, 12
 Institutions, 15, 18
 Organisation, 11
 Preuve, 58
 Proportionnalité, 66
 Sûreté réelle, 113
 Traité, 14
Opposabilité
 Avec dépossession, 163
 Gage sans dépossession, 163
 Nantissement de compte bancaire, 180
 Nantissement de créance, 180
Opposabilité des exceptions
 Nullité, 98
Organismes de microfinance, 525

P

Pacte comissoire *V. Attribution conventionnelle*
Période suspecte
 Inscription des garanties réelles judiciaires, 340
 Notion, 336
Preuve, 439
 Cautionnement, 58
 Cautionnement commercial, 60
Principe de spécialité
 Cession de créance à titre de garantie, 128
 Créance garantie, 127
 Gage, 129
 Nantissement, 129, 135
 Personnes morales, 275
 Sociétés coopératives, 277
 Transfert fiduciaire de somme d'argent, 128
Principe de subsidiarité, 415
 Garanties personnelles, 415
 Garanties réelles, 415
Privilège
 Notion, 144
 Privilèges généraux, 144
 Privilèges spéciaux, 144
 Réalisation, 266
 Vente, 228
Privilège d'avance de frais de procédure, 353

Privilège de new money
 Classement, 352
 Notion, 350
Privilège des créanciers de la masse, 353
 Classement, 353
Privilège des salariés et fournisseurs des entreprises de travaux, 146
Privilège du bailleur d'immeuble, 358
Privilège du bailleur d'immeuble, 146
 Classement, 358
Privilège du commissionnaire, 146
Privilège du conservateur, 147
Privilège du transporteur terrestre, 146
Privilège du travailleur à domicile, 146
Privilège du vendeur de meuble, 145
Privilèges, 114
 Classement, 200
Privilèges généraux
 Publicité, 144
 Réalisation, 266
 Vente, 228
Privilèges spéciaux
 Publicité, 145
 Réalisation, 267
 Subrogation, 251
 Vente, 229
Procédure collective
 Interdiction des inscriptions, 342
 Interdiction des paiements, 369
 Réserve de propriété, 372
Procédure d'injonction de délivrer, 377
Procédure d'injonction de payer, 377
Procédure d'injonction de restituer, 377
Procédures civiles d'exécution, 271
 Notion, 377
Procédures collectives, 329
 Absence de déclaration, 335
 Délai de déclaration, 334
 Effet suspensif, 360
 Propriété réservée, 372
Procédures simplifiées de recouvrement, 377
Proportionnalité
 Garanties, 64
Propriété cédée à titre de garantie, 114
 Formalisme, 121
 Notion, 121
 Procédure collective, 372
Propriété collective, 455
Propriété coutumière, 456
Publicité
 Droits immobiliers, 454
 Hypothèque, 141
 Hypothèque judiciaire, 142
 Nantissements judiciaires, 139
 Notion, 136

R

RCCM, 136, 521

- Recours du garant
 - Cautionnement, 84, 88
 - Cumul, 94
 - Garantie autonome, 88
 - Perte du recours, 94
 - Recours personnel, 91
- Recours personnel
 - Assiette, 92
 - Conditions, 91
 - Effets, 92
 - Garantie réelle pour autrui, 239
 - Prescription, 93
- Recours subrogatoire
 - Cautionnement, 88
 - Conditions, 89
 - Effets, 90
 - Garantie autonome, 88
 - Garantie réelle pour autrui, 240
- Redressement judiciaire, 331
 - Cession globale d'activité, 374
 - Constitution des garanties, 348
 - Effet suspensif, 364, 367
 - Privilège de new money, 352
 - Superprivilège des salariés, 355
- Régimes matrimoniaux
 - Garanties, 490
 - Notion, 489
- Règlement préventif, 331
 - Constitution des garanties, 347
 - Effet suspensif, 362, 367
 - Interdiction des paiements, 369
 - Privilège de new money, 351
- Réserve de propriété, 114, 171
 - Attribution en propriété, 217
 - Charge des risques, 172
 - Créance garantie, 128, 172
 - Droits de l'acquéreur, 172
 - Formalisme, 120
 - Indisponibilité, 397
 - Notion, 119
 - Objet, 172
 - Procédure collective, 372
 - Publicité, 137
 - Subrogation réelle, 245, 256
- Responsabilité des dirigeants, 290
- Rétention d'un titre foncier, 529

S

- SA
 - Administrateur général, 291
 - Clause d'agrément, 318
 - Clause de préemption, 323
 - Clause d'inaliénabilité, 325
 - Conseil d'administration, 287
 - Constitution de garanties, 285
 - Conventions interdites, 298
- SA avec administrateur général
 - Constitution de garanties, 291

- SA avec conseil d'administration
 - Garantie pour autrui, 288
 - Responsabilité des dirigeants, 293
- Saisie
 - Conditions, 402
 - Qualités de la créance, 402
 - Vente amiable, 405
- Saisie conservatoire, 378
 - Conditions, 404
- Saisie conservatoire de biens meubles corporels, 378
- Saisie conservatoire des créances, 378
- Saisie conservatoire des droits d'associés et des valeurs mobilières, 378
- Saisie de récoltes sur pied, 378
- Saisie de rémunérations, 378
- Saisie des droits d'associés et des valeurs mobilières, 378
- Saisie immobilière, 392
 - Vente amiable, 406
- Saisie-attribution de créances, 378
- Saisie-revendication, 378
- Saisies mobilières
 - Vente amiable, 405
- Saisie-vente, 378
- SARL
 - Agrément, 308
 - Constitution de garanties, 284
 - Conventions interdites, 297
- SAS
 - Clause d'agrément, 322
 - Clause de préemption, 323
 - Clause d'inaliénabilité, 325
 - Constitution de garanties, 285
 - Conventions interdites, 300
- SCS
 - Agrément, 312
 - Constitution de garanties, 285
- SNC
 - Agrément, 315
 - Constitution de garanties, 285
- Société commerciale
 - Qualification, 282
- Société coopérative
 - Notion, 276
- Sociétés civiles
 - Agrément, 316
 - Constitution de garanties, 303
 - Intérêt social, 304
- Sociétés commerciales, 183
 - Constitution de garanties, 284
 - Engagement de la société, 282
- Sociétés coopératives
 - Avec conseil d'administration, 277
 - Engagement à l'égard de tiers, 277
 - Simplifiées, 277
- Sociétés coopératives à conseil d'administration
 - Engagement de la société, 279
- Sociétés coopératives à conseil d'administration
 - Constitution de garanties, 281
 - Conventions interdites, 295

- Sociétés coopératives simplifiées
 - Conventions interdites, 296
 - Engagement de la société, 279
- Sociétés de caution mutuelle, 527
- Solennité
 - Garantie autonome, 81
- Solidarité
 - Effets, 42
 - Notion, 526
- Soutien abusif, 344
 - Sanction, 344
- Subrogation, 232
 - Notion, 88
 - Privilèges spéciaux, 251
- Subrogation réelle
 - Hypothèque, 250
- Subrogation réelle, 243, 247
 - Biens corporels, 243
 - Biens fongibles, 245
 - Biens incorporels, 244
 - Biens périssables, 253
 - Droit de rétention, 253, 255
 - Gage, 246, 249, 254, 257
 - Hypothèque, 259
 - Immeuble indivis, 259
 - Notion, 243
 - Opposabilité, 258
 - Réserve de propriété, 245, 248, 256
- Superprivilège des créanciers, 354
- Superprivilège des salariés, 260
 - Classement, 356
 - subrogation, 357
- Sûreté réelle
 - Notion, 113

T

- Titre exécutoire, 402, 403
- Transfert fiduciaire de somme d'argent
 - Assiette, 133
 - Attribution en propriété, 220
 - Conditions, 162
 - Indisponibilité, 399
 - Opposabilité, 163
 - Spécialité de la créance, 128
- Transfert fiduciaire de somme d'argent
 - Formalisme, 122
 - Notion, 122

U

- Usus, 170, 217

V

- Vente, 204
 - Droit de rétention, 265
 - Gage, 226
 - Hypothèque, 228
 - Indisponibilité, 393
 - Privilège, 228
 - Vente amiable, 405
- Violence, 437
- Voie parée, 227
- Voies d'exécution, 377
- Voies d'exécution
 - Indisponibilité, 379

Table des matières

SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
I- Présentation de l'OHADA	11
A- Orientations principales	11
B- Organisation institutionnelle	18
II- Première approche du droit OHADA des garanties du crédit	30
PARTIE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS ENDOGENES A L'AUS	37
TITRE I : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES GARANTIES PERSONNELLES	39
CHAP I : FORMATION DES GARANTIES PERSONNELLES	41
SECTION I : ELEMENTS D'EFFICACITE	41
§1- Cautionnement	41
I- Efficacité favorisée sur le plan des modalités du cautionnement	41
A- La valorisation de la solidarité	42
1- Le cautionnement solidaire : le principe	42
a- Portée du principe de solidarité	42
b- Limites posées aux effets de la solidarité	44
2- Le cautionnement simple : l'exception	45
B- La réglementation du cautionnement omnibus	47
1- Limites au cautionnement omnibus	48
2- Faculté de renouvellement du cautionnement omnibus	50
a- Limites et implications	50
b- Modalités de renouvellement	54
C- La certification de caution	55
II- Efficacité favorisée sur le plan des conditions de formation	55
A- Solennité limitée du cautionnement	56
B- La définition des règles de preuve liées au cautionnement	58
1- Précision des règles probatoires applicables au cautionnement	58
a- Légalité de la preuve du cautionnement de droit commun	59
b- Liberté de la preuve du cautionnement commercial	60
2- Encadrement de l'engagement des cautions analphabètes	62
C- L'absence de principe de proportionnalité	64
§2- Garantie et contre-garantie autonome	67
I- Une efficacité liée à ses éléments distinctifs	68
A- Le principe d'autonomie	68
B- L'exclusion des personnes physiques	69
II- Efficacité liée aux conditions de formation	70
A- Limites posées à la hauteur de l'engagement	70
B- L'exigence d'un terme extinctif	71
SECTION II : ELEMENTS D'INEFFICACITE	72

§1- Les incertitudes entourant le cautionnement réel	73
I- Nature discutée du cautionnement réel	73
II- Un régime à préciser	74
§2 - Caractère limité de l'obligation d'information.....	76
I- Obligation d'information dans les garanties.....	76
II- Introduction incomplète en droit OHADA	77
B- Modalités d'application	79
§3- Le formalisme rigoureux des garantie et contre-garantie autonomes.....	79
I- Rigueur inopportune du formalisme de la garantie.....	79
II - Formalisme requis <i>ad validitatem</i>	81
CHAP II : REALISATION DES GARANTIES PERSONNELLES.....	83
SECTION I : ELEMENTS D'EFFICACITE.....	83
§1- Recours avant paiement	83
I- Un recours réservé au cautionnement	84
II- Cas d'ouverture du recours avant paiement.....	84
A- Imminence du paiement.....	85
1- Poursuite de la caution	85
2- Cessation de paiement ou déconfiture	85
3- Exigibilité de la dette.....	86
B- Le prolongement de l'engagement	87
1- Non-respect du délai de décharge.....	87
2- Prorogation du terme	87
§2- Recours après paiement.....	88
I- Le recours subrogatoire	88
A- Conditions du recours subrogatoire	89
B- Effets du recours subrogatoire	90
1- Débiteur unique.....	90
2- Pluralité de débiteurs.....	90
II- Le recours personnel	91
A- Conditions du recours personnel	91
B- Effets du recours personnel	92
1- Débiteur unique.....	92
2- Pluralité de débiteurs.....	93
III- Perte des recours	94
SECTION II : ELEMENTS D'INEFFICACITE	95
§1- Eléments propres au cautionnement	95
I- Opposabilité des exceptions appartenant au débiteur principal	95
A- Exceptions inhérentes à la dette.....	96
B- Influence accentuée du caractère accessoire.....	97
II- Le bénéfice de subrogation	99

A-	Conditions du bénéfice de subrogation.....	100
1-	Perte de droits et garanties.....	100
2-	Fait du créancier.....	101
B-	Effets du bénéfice de subrogation.....	103
§2-	<i>Eléments propres aux garanties ou contre-garanties autonomes.....</i>	103
I-	Conditions d'exécution.....	104
A-	Restriction des modalités d'exécution.....	104
B-	Information du donneur d'ordre.....	106
II-	Exception d'abus manifeste ou de fraude.....	107
A-	La défense de paiement.....	107
B-	Particularités propres aux contre-garanties.....	110
	CONCLUSION DU TITRE I.....	112
	TITRE II : CONDITIONS D'EFFICACITE SATISFAISANTES DU POINT DE VUE DES GARANTIES REELLES.....	113
	CHAP I : FORMATION DES GARANTIES REELLES.....	115
	SECTION I : REGLES COMMUNES AUX GARANTIES REELLES.....	115
	§1- Eléments d'efficacité.....	115
I-	Exigence commune d'un écrit.....	115
A-	Solennité des garanties réelles immobilières.....	116
1-	L'acte authentique.....	117
a-	Acte notarié.....	117
b-	Acte authentique administratif ou judiciaire.....	118
2-	L'acte sous seing privé.....	118
B-	Solennité des garanties réelles mobilières.....	119
1-	Exigence de l'écrit pour les garanties conférant une exclusivité.....	119
a-	La réserve de propriété.....	119
b-	La propriété cédée à titre de garantie.....	121
i.	La cession de créance à titre de garantie.....	121
ii.	Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent.....	122
2-	Exigence de l'écrit pour les garanties conférant un droit de préférence.....	122
a-	Le gage.....	122
b-	Le nantissement.....	124
II-	Etendue des créances garanties.....	126
A-	Souplesse en matière de garantie réelle immobilière.....	127
B-	Souplesse en matière de garantie réelle mobilière.....	127
1-	Créances et garanties mobilières assurant l'exclusivité.....	128
2-	Créances et garanties mobilières conférant un droit de préférence.....	128
a-	Créances garanties et gage.....	129
b-	Créances garanties et nantissements.....	129
III-	Etendue de l'assiette de la garantie.....	130
A-	Assiette élargie en matière de garantie réelle immobilière.....	131
B-	Assiette élargie en matière de garantie réelle mobilière.....	133
1-	Assiette et garanties mobilières conférant un droit exclusif.....	133
2-	Assiette et garanties mobilières conférant un droit de préférence.....	134
a-	Assiette du gage.....	134
b-	Assiette du nantissement.....	135

IV- Publicité des garanties réelles	136
A- Publicité des garanties réelles mobilières	136
B- Publicité des garanties réelles immobilières	141
C- Publicité des privilèges	144
V- Indivisibilité des garanties réelles	147
§2- Elément d'inefficacité : le caractère accessoire	150
SECTION II : REGLES PARTICULIERES AUX DIFFERENTES GARANTIES REELLES	152
§1- Eléments d'efficacité	152
I- Garanties réelles mobilières	152
A- La précision des conditions du droit de rétention	153
1- Conditions d'exercice du droit de rétention	153
a- Conditions entourant la détention	153
b- Conditions relatives à la créance	156
c- Condition relative au lien entre la créance et la détention	158
2- Modalités de constitution du droit de rétention	159
a- Le droit de rétention matériel	159
b- Le droit de rétention juridique	160
c- Le droit de rétention conventionnel	160
B- Définition d'un régime du transfert fiduciaire de somme d'argent	162
C- Dualité des conditions d'opposabilité du gage	163
1- Règles communes	164
2- Distinctions	165
3- Conflits	166
D- Prise en compte de la spécificité des biens fongibles en matière de gage	167
II- Garanties réelles immobilières : le caractère étendu des prérogatives reconnues au propriétaire du bien grevé	169
§2 - Eléments d'inefficacité	171
I- Garanties mobilières	171
A- Domaine large de la réserve de propriété	171
B- Domaine large de la cession de créance à titre de garantie	173
C- Opportunité douteuse des règles spécifiques à certains gages	175
1- Utilité des règles spéciales du gage de matériel professionnel et de véhicules automobiles	175
2- Opportunité du régime spécial du gage de stocks	177
D- Absence d'un régime commun du nantissement	179
1- Nantissement de créance et de compte bancaire	179
2- Nantissement de droits d'associés et de valeurs mobilières	183
3- Nantissement des comptes de titres financiers	185
4- Nantissement des droits de propriété intellectuelle	190
5- Nantissement du fonds de commerce	191
II- Garanties réelles immobilières	197
A- Lourdeurs liées à la constitution d'hypothèques forcées légales	197
B- Incertitude liée au sort d'hypothèques sur biens indivis	198
III- Privilèges	200
CHAP II : REALISATION DES GARANTIES REELLES	203

SECTION I : MESURES DE REALISATION COMMUNES AUX DIFFERENTES GARANTIES REELLES
.....203

§1- La diversité des modes de réalisation des garanties réelles203

I- Attribution en propriété du bien donné en garantie204

A- Attribution en propriété et garanties portant sur des biens autres que des sommes d'argent..... 204

1- Attribution en propriété des garanties réelles préférentielles 205

a- Attribution en propriété et garanties mobilières..... 205

b- Attribution en propriété et garantie immobilière..... 213

2- Attribution en propriété des garanties réelles exclusives 217

B- Attribution en propriété et garanties portant sur des sommes d'argent 219

II- Vente du bien donné en garantie225

A- Incompatibilité de la vente avec certaines garanties réelles..... 225

B- Domaine étendu de la vente..... 226

§2- Absence de mesures relatives au régime des garanties réelles pour autrui229

I- Droits particuliers reconnus avant la réalisation de la garantie réelle231

A- Reconnaissance de droits propres au tiers détenteur..... 231

B- Reconnaissance de droits propres aux garants personnels..... 233

II- Droits reconnus au constituant après la réalisation de la garantie239

A- Recours après réalisation de la garantie contre le débiteur 239

1- Recours personnel du garant 239

2- Le recours subrogatoire du garant 240

B- Recours après réalisation dirigée contre d'autres garants 241

SECTION II : MESURES DE REALISATION PARTICULIERES A CERTAINES GARANTIES REELLES
.....242

§1- Mesures particulières favorables à l'efficacité243

I- La subrogation réelle dans les garanties réelles corporelles.....243

A- Subrogation relative aux garanties réelles sur biens fongibles 244

B- Subrogation consécutive à la destruction ou à la perte du bien grevé 247

C- Subrogation relative aux garanties réelles sur biens périssables..... 253

D- Cas particuliers de subrogation..... 255

II- Classement avantageux des garanties préférentielles conventionnelles259

A- Classement des garanties immobilières conventionnelles 260

B- Classement des garanties mobilières conventionnelles 261

§2- Mesures particulières défavorables à l'efficacité.....262

I- Incertitudes relatives à la réalisation du droit de rétention.....262

A- Sort du droit de rétention portant sur un bien dont le débiteur n'est pas propriétaire 262

B- Sort du droit de rétention en cas de constat définitif de non-paiement 264

II- Conditions limitées de réalisation des privilèges266

CONCLUSION DU TITRE II.....268

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE269

**PARTIE II : CONDITIONS D'EFFICACITE INSUFFISANTES DES GARANTIES DU CREDIT DU
DROIT OHADA AU REGARD D'ELEMENTS EXOGENES A L'AUS.....271**

TITRE I : LIMITES LIEES A LA DISPERSION DES REGLES DE DROIT OHADA AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT.....	273
CHAP I : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES SOCIETES	275
SECTION I : EFFICACITE DES GARANTIES ACCORDEES PAR LES SOCIETES.....	275
§1- Règles de constitution distinguant les sociétés coopératives des sociétés commerciales	276
I- Constitution de garanties par les sociétés coopératives.....	276
A- Conditions communes aux sociétés coopératives	276
B- Points de divergence	279
II - Constitution de garanties par les sociétés commerciales	281
A- Règles communes aux sociétés commerciales.....	282
B- Règles de constitution particulières aux SA	287
1- SA avec conseil d'administration.....	287
2- SA avec administrateur général.....	291
§2- Règles de constitution de garanties communes aux sociétés commerciales et aux sociétés coopératives.....	294
I- Interdiction générale de constitution de garanties pour les engagements pris par certains tiers	294
A- Interdictions faites aux sociétés coopératives	294
1- Interdiction expresse faite aux sociétés coopératives à conseil d'administration	294
2- Silence gardé concernant les sociétés coopératives simplifiées	296
B- Interdictions faites aux sociétés commerciales	297
1- Conventions interdites et SARL.....	297
2- Conventions interdites et SA.....	298
3- Conventions interdites et SAS.....	300
A- Exception applicable aux sociétés commerciales	300
B- Exception applicable aux sociétés coopératives	302
§3- Constitution de garanties par les sociétés civiles	303
I- Constitution soumise aux règles de droit de la période coloniale	303
II- Constitution soumise aux textes postcoloniaux	306
SECTION II : EFFICACITE DES GARANTIES PORTANT SUR LES DROITS SOCIAUX	307
§1- Agrément et nantissement de parts sociales.....	307
I- L'agrément du nantissement dans les SARL	308
A- Nantissement consenti à un associé	308
B- Nantissement consenti à un tiers.....	309
II- Agrément du nantissement dans les SCS	312
III- Agrément du nantissement dans les SNC	315
IV- Agrément du nantissement dans les sociétés civiles.....	316
§2- Limites au libre nantissement d'actions	317
I- La clause d'agrément	318
A- La clause d'agrément dans les SA	318

B-	La clause d'agrément dans les SAS	322
II-	La clause de préemption	323
III-	La clause d'inaliénabilité	325
CHAP II : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES COLLECTIVES .329		
SECTION I : PROCEDURES COLLECTIVES ET CONSTITUTION DES GARANTIES DU CREDIT ...332		
§1- Risque de remise en cause de garanties constituées avant l'ouverture d'une procédure collective		
		333
I-	Opposabilité incertaine des garanties du crédit constituées antérieurement.....	333
A-	Opposabilité des garanties du crédit affectée par le défaut de déclaration	333
B-	Opposabilité incertaine des garanties du crédit constituées au cours de la période suspecte.....	336
1-	Inopposabilité de droit.....	337
2-	Inopposabilité facultative	340
3-	Mise en œuvre de l'action en inopposabilité	341
C-	Opposabilité des garanties réelles limitée du fait de l'interdiction des inscriptions	342
II-	Survie incertaine des garanties constituées antérieurement	344
§2- Principe d'irrégularité des garanties consenties après l'ouverture d'une procédure collective		
		347
I-	Limites à la création de garanties conventionnelles	347
II-	Procédures collectives génératrices de nouvelles garanties	349
A-	Garanties légales à usage de sauvegarde	349
1-	Le privilège de new money	350
a-	Cas de la procédure de conciliation	350
b-	Cas de la procédure de règlement préventif.....	351
c-	Cas du redressement judiciaire	352
2-	Le privilège d'avance de frais de procédure.....	352
3-	Le privilège des créanciers de la masse.....	353
B-	Garanties légales à usage de protection	354
1-	Le superprivilège des salariés.....	354
2-	Privilège des bailleurs d'immeubles.....	357
3-	Hypothèque de la masse des créanciers.....	358
SECTION II : PROCEDURES COLLECTIVES ET REALISATION DES GARANTIES DU CREDIT359		
§1- Efficacité des garanties du crédit et effet suspensif des procédures collectives.....		
		360
I-	Opposabilité aux garants de l'effet suspensif des procédures collectives.....	360
A-	Effet suspensif dans la procédure conventionnelle de conciliation	361
B-	Effet suspensif dans les procédures légales	362
1-	Effet suspensif dans la procédure de règlement préventif.....	362
2-	Effet suspensif dans les procédures de redressement et de liquidation	364
II-	Opposabilité par les garants de l'effet suspensif des procédures collectives	365
A-	Opposabilité de principe de l'effet suspensif par le garant	365
B-	L'exception de la liquidation des biens	368
§2- Efficacité des garanties du crédit et effet prohibitif des procédures collectives		
		369
I-	Principe de l'interdiction des paiements.....	369

II- L'importance des exceptions au principe d'interdiction de paiements de créances antérieures.....	370
A- La réalisation des garanties exclusives	370
1- L'exception du droit de rétention	371
2- L'exception des garanties du droit de propriété	372
B- Exceptions liées aux cessions globales d'activités	373
CHAP III : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION.....	377
SECTION I : PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION : OBSTACLES POTENTIELS A L'EFFICACITE DES GARANTIES DU CREDIT	378
§1- Indisponibilité du bien objet d'une saisie	378
§2- Effets de l'indisponibilité sur l'efficacité des garanties du crédit	380
I- Indisponibilité du bien saisi et constitution des garanties du crédit	381
II- Indisponibilité du bien saisi et réalisation des garanties du crédit	389
A- Effets d'une saisie sur la réalisation des garanties personnelles	390
B- Effets d'une saisie sur la réalisation des garanties réelles	393
1- Réalisation d'une garantie préférentielle postérieurement à une saisie	393
a- Réalisation par vente forcée sur bien indisponible.....	393
b- Réalisation par attribution conventionnelle sur bien indisponible	394
c- Réalisation par attribution judiciaire sur bien indisponible.....	395
2- Réalisation d'une garantie exclusive postérieurement à une saisie	396
a- Saisie d'un bien objet d'un droit de rétention	396
b- Saisie d'un bien objet d'une propriété-garantie	397
i) Saisie d'un bien objet d'une réserve de propriété.....	397
ii) Saisie d'une créance soumise à un droit exclusif	399
SECTION II : PROCEDURES CIVILES D'EXECUTION : MOYENS DE REALISATION DES GARANTIES DU CREDIT.....	401
§1- Liberté de choix au niveau de la réalisation forcée des garanties du crédit.....	401
I- Diversité des mesures d'exécution	401
A- Saisies à exécution immédiate	402
1- Qualités de la créance.....	402
2- Exigence d'un titre exécutoire.....	402
B- Saisies conservatoires	404
II- Possibilité de vente amiable du bien saisi	405
§2- Limites à la réalisation forcée des garanties du crédit	407
I- Limites liées à la personne du saisi	407
II- Limites liées aux biens	411
III- Limites liées au choix de la mesure d'exécution	415
IV- Limites liées aux actions du débiteur saisi	416
A- Le délai de grâce.....	417
B- La suspension aisée de la procédure de saisie-vente.....	417
CONCLUSION DU TITRE I.....	419

TITRE II : LIMITES LIÉES A L'IMPORTANCE DE L'INSECURITE JURIDIQUE ET JUDICIAIRE AU SEIN DE L'ESPACE OHADA	421
CHAP I : L'ABSENCE D'HARMONISATION DE DOMAINES JURIDIQUES AFFECTANT LES GARANTIES DU CREDIT.....	423
SECTION I : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES CONTRATS	426
§1- Le consentement du constituant.....	428
I- Intégrité du consentement du constituant.....	428
A- L'erreur du constituant	428
B- Le dol subi par le constituant.....	433
C- La violence endurée par le constituant	437
II- Preuve du consentement du garant.....	439
§2- La capacité et le pouvoir.....	441
I- La capacité du garant.....	441
II- Le pouvoir conventionnel d'engager le garant.....	445
§3- L'objet	448
§4- La cause.....	450
SECTION II : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES BIENS.....	451
§1- Efficacité des garanties du crédit et droit relatif aux biens mobiliers	452
§2- Efficacité des garanties et droit relatif aux biens immobiliers	454
I- Le dualisme du droit foncier dans l'espace OHADA	454
A- Origines de la crise du droit foncier.....	455
B- La difficile conciliation du droit écrit et du droit coutumier.....	456
1- L'exclusion de la propriété foncière privée	457
2- L'admission de la propriété privée de droit écrit.....	459
a- Le droit foncier au Burkina Faso	459
b- Le droit foncier au Cameroun	461
c- Le droit foncier aux Comores	463
d- Le droit foncier au Gabon	465
e- Le droit foncier en Guinée Conakry	465
3- La double admission de la propriété privée de droit écrit et de droit coutumier	467
a- Autonomie des deux types de propriétés	467
i. Le droit foncier au Bénin	467
ii. Le droit foncier au Niger	470
iii. Le droit foncier au Togo.....	471
b- Exigence commune de l'immatriculation	472
i. Le droit foncier en Centrafrique	473
ii. Le droit foncier au Congo Brazzaville.....	475
iii. Le droit foncier en Côte d'Ivoire	477
iv. Le droit foncier au Mali.....	479
v. Le droit foncier au Sénégal.....	481
vi. Le droit foncier au Tchad	483
C- L'effectivité limitée des textes de droit foncier	485
II- L'efficacité relative des garanties du crédit en matière immobilière.....	487

A-	Crise du droit foncier et efficacité des garanties réelles immobilières	487
B-	Crise du droit foncier et efficacité des garanties personnelles	488
SECTION III : EFFICACITE DES GARANTIES OHADA ET DROIT DES REGIMES MATRIMONIAUX		
.....		489
§1- Répartition inégale du pouvoir de gestion du patrimoine des époux		490
I-	Garanties du crédit et droits des régimes matrimoniaux coloniaux maintenus	491
II-	Garanties du crédit et droits des régimes matrimoniaux réformés après les indépendances	494
A-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en R.D Congo	494
B-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Congo Brazzaville	496
C-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en Côte d'Ivoire	497
D-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Gabon	499
E-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Sénégal	501
§2- Attribution égalitaire des pouvoirs de gestion des époux		503
I-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Bénin	503
II-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Burkina Faso	505
III-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux en Centrafrique	506
IV-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux aux Comores	507
V-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Mali	508
VI-	Garanties du crédit et régimes matrimoniaux au Togo	510
CHAP II : LA FAIBLESSE DU DROIT ECRIT AU SEIN DE L'ESPACE OHADA		513
SECTION I : EFFECTIVITE LIMITEE DU DROIT DES GARANTIES OHADA		513
§1- Appropriation difficile par les acteurs de l'économie		513
I-	Périmètre de l'économie informelle	514
II-	Imperméabilité au droit OHADA de l'économie informelle	518
§2- Défaillance des services judiciaires		521
I-	Fonctionnement des outils administratifs du droit OHADA	521
II-	Conditions de traitement des recours	522
A-	Difficultés des institutions judiciaires	522
B-	Attitude négative des magistrats	523
III-	Conditions de réalisation des mesures d'exécution forcée	524
SECTION II : PRATIQUES ALTERNATIVES DES ACTEURS LOCAUX		524
§1- Garanties du crédit issues de la pratique		525
I-	Garanties sollicitées par les organismes de microfinance	525
A-	Garanties personnelles consenties aux établissements de microfinance	526
1-	L'usage de la solidarité	526
2-	Mécanismes de mutualisation des risques	527
a-	Les sociétés de caution mutuelle	527
b-	Les fonds de garantie	528

c- L'assurance-crédit.....	528
B- Garanties réelles consenties aux établissements de microfinance	528
1- La rétention du titre foncier.....	528
2- Pacte comissoire sur terrain non immatriculé	529
3- Garantie réelles portant sur les animaux	530
II- Garanties sollicitées par les commerçants créanciers.....	530
III- Garanties sollicitées par les usuriers et banquiers ambulants	531
A- Garantie sur biens à valeur sentimentale	531
B- Mise en garantie de l'âme.....	532
§2- Mesures d'exécution développées par la pratique.....	532
I- Saisies directes	533
II- Pressions morales	533
CONCLUSION DU TITRE II.....	534
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	535
CONCLUSION GENERALE	537
BIBLIOGRAPHIE.....	543
INDEX.....	563