

LE PACTE COMMISSOIRE ET LA PROTECTION DE L'INTERET DU CREANCIER EN DROIT OHADA

Par

Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE

Docteur en Droit privé,

Assistant à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques

Université d'Abomey-Calavi (Bénin)

RESUME

Des voix s'élèvent pour applaudir la récente consécration par le législateur OHADA du pacte comissoire. Il est présenté comme un mécanisme de recouvrement, qui permet d'obtenir plus rapidement et à moindre coût le remboursement de la créance garantie. Pourtant, on est bien loin de cette situation. Raisonnablement, le créancier bénéficiaire d'un pacte comissoire ne dispose entre ses mains que d'une arme d'une relative efficience doublée d'une efficacité incertaine.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- UNE EFFICIENCE RELATIVE

A- UNE CONSTITUTION COMPATIBLE AVEC L'EFFICIENCE SOUHAITÉE

- 1- Une liberté de forme en matière mobilière
- 2- Un formalisme allégé en matière immobilière

B- UNE MISE EN ŒUVRE DÉFAVORABLE À L'EFFICIENCE VOULUE

- 1- L'absence d'automatisme du transfert de propriété
- 2- Le recours à l'expertise

II- UNE EFFICACITÉ INCERTAINE

A- UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ALÉATOIRE

- 1- L'exercice du droit d'attribution en cas de pluralité de bénéficiaires
- 2- L'exercice du droit d'attribution et l'existence d'autres droits sur le bien

B- UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ GELÉ

- 1- En raison de la finalité du transfert de propriété
- 2- En cas d'ouverture d'une procédure collective contre le constituant

CONCLUSION

INTRODUCTION

Les auteurs sont nombreux à dénoncer la lenteur, le coût et le résultat parfois aléatoire des procédures de réalisation par vente forcée des sûretés garantissant les prêts consentis¹. Le remède serait-il dans l'attribution conventionnelle du bien ou pacte comissoire ?

Les prêteurs cesseraient vite d'octroyer le crédit s'ils n'avaient pas la certitude d'obtenir plus aisément le paiement de leur créance². A défaut de paiement spontané, la réalisation des sûretés en considération desquelles ils ont accepté d'accorder le crédit doit pouvoir leur permettre d'obtenir rapidement et à moindre coût le paiement de la créance garantie.

De plus en plus, on note un engouement certain autour de l'attribution conventionnelle censée faciliter la réalisation des sûretés³ dans l'intérêt du créancier⁴. Elle vient d'être introduite en droit OHADA⁵ au moyen du nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés⁶. L'article

¹ CROCQ (P.), « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n° 197, 2010, p. 52 et s. ; BLACK (L. Y.), « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit et patrimoine*, n° 197, 2010, p. 46 et s. ; MARCEAU-COTTE (A.) et LAISNEY (L.-J.), « Vers un nouveau droit du gage OHADA », *Droit et patrimoine*, n° 197, 2010, p. 66 et s. ; BRIZOUA-BI (M.), « L'attractivité du nouveau droit OHADA des hypothèques », *Droit et patrimoine*, n° 197, 2010, p. 86 et s. CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 24.

² SABA (de) (A. A.), *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales, Droit de l'OHADA et pratiques européennes*, 2^{ème} éd., Global Finances Sécurities, Paris, 2011, p. 9

³ Sauf spécification contraire, le mot « sûreté » sera utilisé exclusivement pour faire référence aux sûretés réelles.

⁴ CROCQ (P.), *Propriété et garantie*, LGDJ, Paris, 1995, p. 222 : « Que le créancier puisse devenir propriétaire du bien objet de la garantie n'est pas en soi critiquable. Il peut même en résulter des avantages puisqu'on évite, ainsi, les formalités de réalisation du bien, que la sûreté devient, dès lors, plus efficace pour le créancier... ».

⁵ Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires. Elle regroupe à ce jour dix-sept Etats qui sont les suivants : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Comores, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République Centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad, Togo. Signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Iles Maurice), le traité l'instituant est entré en vigueur le 18 septembre 1995. Il a été révisé à Québec le 17 octobre 2008 et est entré en vigueur le 21 mars 2010.

⁶ Ci-après l'« AUS ». La pratique de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés ayant révélé d'importants écueils prévisibles (V. GOMEZ (J.-R.), « Analyse critique de l'avant-projet d'acte uniforme portant organisation des sûretés dans les Etats membres de l'OHADA », *Rec. Penant* 1997, 825, pp. 245-286), les Etats membres ont mis en place un groupe d'experts pour élaborer un projet de réforme en vue de la création d'un environnement juridique sécurisé qui stimule l'investissement et rend attractif le marché de l'espace OHADA (CROCQ (P.), « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Droit et patrimoine*, n° 197, p. 52, Ohada.com/Ohadata D-10-62). Au terme des débats dans les Etats membres autour du projet, un nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés a été adopté le 15 décembre 2010 à Lomé. Publié au JO OHADA n°22 du 15 février 2011, il est entré en vigueur depuis le 16 mai 2011 (conformément à l'article 9 du traité OHADA relativement au délai d'entrée en vigueur) abrogeant ainsi l'Acte uniforme du 17 avril 1997 signé à Cotonou. Plusieurs travaux lui sont déjà consacrés. V. entre autres : YONDO (L. B.), « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Droit & Patrimoine*, n° 197, p. 46, Ohada.com/Ohadata D-10-62 ; CROCQ (P.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012 ; LO BA (A.), « Quelques réflexions sur le nouvel Acte uniforme des sûretés : un vrai « dolly » juridique », Ohada.com/Ohadata D-11-104 ; LECAT (J.-J.) et MARLY (P.), *Le nouveau droit des*

104 prévoit que « ... les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement »⁷. Pareillement, il est prévu à l'article 199 qu' « ... il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ». La désillusion⁸ provoquée par la consécration du pacte comissoire là où il est déjà pratiqué justifie que l'on se décide, pour ce qui est du droit OHADA, à apprécier la protection que ce mode de réalisation des sûretés assure au créancier.

Le pacte comissoire est la convention par laquelle le créancier et le constituant de la sûreté prévoient, qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier deviendra propriétaire de la chose mise en garantie⁹. Plutôt que d'avoir à poursuivre la vente du bien affecté en garantie suivant les procédures légales de saisie ou d'en demander l'attribution en propriété au juge, le créancier se fait consentir le droit de s'approprier le bien, à défaut de paiement. Ainsi défini, le pacte comissoire se présente comme une alternative¹⁰ conventionnelle à la réalisation judiciaire des sûretés. On en déduit le recul du juge et corrélativement le renforcement de la liberté individuelle en droit des sûretés réelles. Le pacte comissoire se distingue de la

sûretés, Ed. Francis Lefebvre, Mémento, juin 2011 ; DIARRAH (S. B.), « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisations des sûretés », *Revue de droit uniforme africain*, n° 5, 2^{ème} trimestre 2011, Dossier spécial « Révision de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés » ; SAKHO (M.), « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° Spéc. Novembre/Décembre 2011, <http://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/legislation/Le-nouvel-Acte-uniforme-OHADA>, consulté le 12 août 2014.

⁷ AUS, art. 104, al. 3.

⁸ C'est le cas en France où plusieurs années après sa consécration, « la circonspection de certains bailleurs de fonds semble toujours de mise à l'égard de ce mode alternatif de réalisation des sûretés réelles ». Il a engendré une méfiance que semble corroborer la quasi-absence de décisions de justice sur le sujet, tant le contraste avec l'abondance de la jurisprudence rendue sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 2006 est saisissant : BAZIN-BEUST (D.), « Une analyse du pacte comissoire... ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? », *Petites affiches*, 2011, n° 99. L'auteur ajoute : « L'effet de levier attendu du pacte comissoire sur la relance et le développement du crédit n'est visiblement pas au rendez-vous plus de cinq ans après la réforme » ; MACORIG-VENIER (F.), « Le pacte comissoire et les sûretés réelles mobilières », *Lamy Droit des Affaires*, 2007 : En légiférant sur le pacte comissoire, avatar du pacte avec le diable, en l'autorisant en principe, pour céder aux sirènes de la modernisation, les auteurs de l'ordonnance ont-ils vraiment atteint l'objectif qu'ils visaient, introduire souplesse et efficacité dans la réalisation des sûretés ? Les doutes les plus sérieux peuvent être émis, la pratique, consultée préalablement à cette communication, boudant pour l'heure très largement ces dispositions ». YUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 3 - Septembre 2013, *Doctrine*, n° 4 : « Pour autant, ces nouveaux modes d'attribution du bien soulèvent de nombreuses interrogations au vu des réserves de la doctrine relayée par les praticiens au sujet de l'ordonnance française du 23 mars 2006, source d'inspiration de l'AUS » ; CARBONNEL (Ch.), « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », *JCP E* 2007, 2536, n° 4.

⁹ V. GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (Dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd., Paris, 2014, p. 668 ; CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, Paris, 2010, p. 651.

¹⁰ AYNES (L.), « La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Présentation générale de la réforme », *Rec. D.*, 2006, p. 1289.

technique de la voie parée qui demeure interdite en droit OHADA¹¹. La voie parée (du latin *via parata*, voie d'exécution préparée à l'avance) est la clause par laquelle un créancier obtient de son débiteur l'autorisation de vendre la chose mise en garantie sans observer les formalités requises par la loi¹². Le pacte comissoire n'est pas une dation en paiement dans la mesure où sa mise en œuvre n'aboutit pas à l'attribution au créancier d'une chose autre que celle qui était prévue dans la convention initiale des parties. Au moyen du pacte comissoire, celles-ci règlent les modalités de mise en œuvre de la sûreté garantissant l'exécution de l'obligation du débiteur. Le pacte comissoire n'est donc pas une sûreté mais plutôt un mode de réalisation des sûretés dont il est l'accessoire conventionnel¹³. Il se distingue par ailleurs de l'attribution judiciaire¹⁴. En effet, si le premier permet au créancier de s'approprier le bien sans le recours au juge¹⁵, mais du seul fait de la volonté des parties, le second donne au créancier le droit de demander au juge que le bien lui demeure en paiement.

L'histoire du pacte comissoire est, comme l'écrit Mactar SAKHO¹⁶, « symptomatique des raisons et des contextes qui commandent la consécration et la prohibition de tel ou tel mécanisme juridique ». Interdit par l'Empereur romain Constantin en 326 après Jésus-Christ,

¹¹ CCJA, Arrêt n°009/2012 du 08 Mars 2012 : Aff. Abdoulaye Baby Bouya C/ Banque Islamique du Niger Pour L'investissement (BINCI) : « Attendu que ces formalités prescrites sont celles notamment des articles 247, 253 et 254 du même Acte Uniforme ; que l'examen simultané de ces dispositions rend impossible toute interprétation contraire à leur caractère d'ordre public ; qu'en déclarant valable la vente de gré à gré opérée par la BINCI en vertu de sa convention avec Abdoulaye Baby Bouya, la Cour d'Appel de Niamey a méconnu les dispositions irréfragables de l'Acte Uniforme sus indiqué ». Dans le même sens, voir CCJA, Arrêt n°010/2012 du 08 Mars 2012, Aff. Banque Internationale pour l'Afrique au Niger (BIA – Niger) C/ Abdoulaye Baby Bouya. Dans cette espèce, le débiteur Baby Bouya avait donné mandat spécial à son créancier, la BIA – Niger, à l'effet de vendre de gré à gré un immeuble lui appartenant affecté à la garantie de paiement de sa dette. Pour les juges de la Cour, « ... autoriser le créancier à vendre de gré à gré l'immeuble de son débiteur au mépris des conditions obligatoires prescrites par l'AUPSRVE et les lois nationales, reviendrait non seulement à mettre à néant la portée de ces dispositions d'ordre public et la protection légale du débiteur, mais aussi à légitimer la voie de la fraude aux droits des autres créanciers, surtout ceux titulaires de privilèges de rang supérieur à celui du créancier-vendeur ... ».

¹² V. GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (Dir.), op. cit., p. 968 ; CORNU (G.) (Dir.), op. cit., p. 969.

¹³ GIOVANNI (V.), « Sur l'interdiction du pacte comissoire, la vente simulée à titre de garantie et la fiducie » *Ecrits juridiques choisis*, <http://www.fondazionegiovannivalcavi.it/francais/ecrit-juridiques-choisis/ecrit-juridiques-choisis.htm>, consulté le 20 août 2014 : « Le pacte comissoire concerne nécessairement, comme il a été dit, le bien constitué en garantie de la créance, et non n'importe quel autre bien du patrimoine du débiteur. La disposition comissoire a, par conséquent, sur le plan dogmatique, un caractère accessoire par rapport à la contrainte de garantie et, en définitive, par rapport à l'acte qui l'a fait naître. » ; FENEON (A.), « Le pacte comissoire : une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés », *Rec. Penant* 2012, p. 431.

¹⁴ LEPELTIER (D.), « Le nouveau droit de l'hypothèque », *Droit et patrimoine*, n° 159, 2007, p. 60. Ces deux institutions, si elles ont les mêmes effets, n'ont pas la même nature.

¹⁵ Ce qui, à l'évidence, est une spécificité du pacte comissoire par rapport aux autres modes d'extinction d'une créance lorsque le débiteur ne s'exécute pas volontairement.

¹⁶ SAKHO (M.), « Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, *Législation*, <http://revue.ersuma.org/numero-special-novembre-decembre/legislation/Le-nouvel-Acte-uniforme-OHADA>, consulté le 15 août 2014.

le pacte comissoire fit son retour suite aux invasions barbares, avant d'être à nouveau interdit par le Pape Innocent III en 1198¹⁷. Cette interdiction fut consacrée en 1804 dans le Code civil français en son article 2078 qui dispose¹⁸ : « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage ; sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle ». Avant l'adoption de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés, la législation des Etats aujourd'hui membres de l'OHADA ne permettait pas aux parties de prévoir que faute de paiement à échéance, le créancier deviendra propriétaire du bien mis en garantie sans l'intervention du juge¹⁹. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 17 avril 1997 a continué dans cette voie mais en consacrant une interdiction implicite pour ne pas l'avoir cité au nombre des modes de réalisation des sûretés réelles. La protection du constituant de la sûreté exposé à un risque de spoliation justifiait la prohibition du pacte comissoire²⁰. Cette protection à laquelle la Chine est toujours attachée justifie que le pacte comissoire soit toujours prohibé en droit chinois²¹ comme en droit suisse²².

La consécration du pacte comissoire en droit OHADA s'inspire de l'Ordonnance française du 23 mars 2006 relative aux sûretés²³ qui a mis fin à plusieurs années d'interdiction²⁴ du

¹⁷ V. LEVY (J.-Ph.), *Coup d'œil historique d'ensemble sur les sûretés réelles*, Conférence prononcée à Lausanne en 1986, Diachroniques, éd. Loysel, 1995, p. 169 et s. ; WIERDERKHEHR (G.), « Pacte comissoire et sûretés conventionnelles », Mélanges Alfred Jauffret, 1974, p. 663 ; DUPICHOT (P.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2005, n° 743.

¹⁸ La sanction était la nullité relative non pas du contrat de gage mais du pacte uniquement. Elle n'atteint le contrat de gage que si le pacte constitue la cause impulsive et déterminante du contrat : Cass. com., 5 octobre 2004, n° 01-00863, Bull. civ. 2004, IV, n° 176, JCP G 2004, I, n° 17, note Ph. DELEBECQUE, JCP G 2004, II, n° 10191, note S. PIEDELIEVRE.

¹⁹ Sur cette interdiction, voir par exemple, les articles 2078 et 2088 du Code civil français de 1958 applicable au Dahomey (actuel République du Bénin) et l'article 1114 du Code civil guinéen.

²⁰ Le créancier pourrait devenir propriétaire d'un bien du constituant pour une créance sans commune mesure avec la valeur de ce bien. V. CARBONNEL (Ch.), « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », JCP E 2007, 2536, n° 2.

²¹ SHI (J.), « La codification chinoise en matière des droits réels : classicisme ou modernisme ? », www.univ-montp1.fr/content/.../shi_jiayou_la_codification_chinoise.pdf, consulté le 15 août 2014: « La solution chinoise est plutôt inspirée par l'esprit « classique » de la protection du débiteur, ce qui limite par conséquent la portée de l'autonomie des volontés » ; TANG (J.), « Les Immeubles privés urbains en Droit chinois », www.Fondation-droitcontinental.org, consulté le 15 août 2014.

²² Art. 894 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (Etat le 1^{er} janvier 2013) : « Est nulle, toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage faute de paiement ».

²³ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, in Journal officiel de la République française, 24 mars 2006, p. 4475. V. SIMLER (Ph.), JCP E 2006, 1559. D'un point de vue formel, l'ordonnance modifie le Code civil en créant un livre IV consacré aux sûretés (art. 2284 à 2488 nouveaux). On observera qu'elle a accueilli les propositions de la Commission « Grimaldi » présidée par le professeur M. GRIMALDI.

pacte comissoire. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance le 25 mars 2006, le pacte comissoire est autorisé pour les sûretés conventionnelles mobilières²⁵ et immobilières²⁶ et pour les sûretés légales immobilières²⁷. L'admission du pacte comissoire rapproche le droit OHADA d'autres législations étrangères²⁸, notamment nord-américaines²⁹.

Le pacte comissoire permet au créancier de se faire attribuer en pleine propriété le bien mis en garantie faute de paiement de sa créance à l'échéance sans recours au juge. Les multiples inconvénients des procédures de saisie mobilière et immobilière que sont la lenteur, le coût et la complexité³⁰ seraient ainsi évités³¹. C'est alors le pouvoir du créancier qui serait accru et

²⁴ Cette interdiction n'était toutefois pas absolue. En effet, la jurisprudence avait quelque peu restreint la portée de cette interdiction légale. Elle avait admis la validité du pacte comissoire convenu postérieurement à la conclusion du nantissement au motif que le débiteur ne serait plus autant vulnérable que lors de la constitution de la sûreté puisque le prêt lui a déjà été accordé (Cass. 1^{ère} Civ., 17 novembre 1959, Bull. civ. 1959, I, n° 480 ; RTD civ. 1960, 138, n° 5, obs. H. SOLUS.). Elle a levé l'interdiction du recours au pacte comissoire lorsque le risque d'enrichissement du créancier est écarté parce que la valeur du bien affecté en garantie est connue (Cass. com., 9 avril 1996, D. 1996, Somm. 385, obs. S. PIEDELIEVRE ; RTD civ. 1996, p. 669 et 954, obs. P. CROCQ ; STOCK (M.), « L'aménagement conventionnel de la procédure de réalisation du gage », LPA 8 juillet 1987, p. 20 et s.). Elle a autorisé, en l'absence de dispositions expresses interdisant le pacte comissoire en matière hypothécaire, la promesse de vente consentie par le débiteur au créancier et portant sur l'immeuble affecté en garantie (Cass. 1^{re} Civ., 25 mars 1957, Bull. civ. 1957, I, n° 149, p. 124). A l'occasion de la modification du nantissement de valeurs mobilières en 1996 (Code monétaire et financier, art. 431-4-IV ancien – résultant de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières – et devenu Code monétaire et financier, art. L. 211-20 à la suite de l'Ordonnance de 2009 et dénommé « nantissement » depuis la réforme de 2006 en raison de son assiette incorporelle, art. 2355 du Code civil, art. 2355), le législateur avait consacré l'attribution conventionnelle des titres côtés afin d'en simplifier la réalisation.

²⁵ Code civil, art. 2348 et 2365 pour le gage et le nantissement de créance ; Code de commerce, art. L. 521-3 pour le gage commercial auquel renvoie l'article L. 211-20 du Code monétaire et financier relatif au nantissement de comptes-titres ; Code civil, art. 2353 pour le gage automobile renvoyant aux articles 2346 à 2348 dudit Code.

²⁶ Code civil, art. 2459 et 2388 pour l'hypothèque conventionnelle et l'antichrèse.

²⁷ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) et JOBARD-BACHELIER (M.-N.), *Les sûretés*, Sirey, 2^{ème} éd., Paris, 2009, n° 2096 et note 2 ; AYNES (L.), « La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Présentation générale de la réforme », Rec. D., 2006, p. 1292. Certains auteurs ont une vue contraire. V. par exemple CARBONNEL (Ch.), « Le pacte comissoire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », JCP E 2007, 2536, n° 10 et s.

²⁸ AUGER (J.), « Problèmes actuels de sûretés réelles », www.editionsthémis.com, consulté le 08 avril 2014 ; BIQUET-MATHIEU (Ch.) et GEORGES (F.), « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement », in Commission royale droit et vie des affaires, *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 93 et s., spéc. n° 28 et 29.

²⁹ TESTON (B.), « Les sûretés réelles mobilières anglo-saxonnes », Droit et patrimoine, n° 94, 2001, p. 69 et s.

³⁰ V. SABA (de) (A. A.), op. cit., p. 3. Ces reproches souvent faits à ces procédures ne sont pas admis par tous. V. HOCQUARD (J.-M.), « Le pacte comissoire en matière immobilière : Une fausse bonne idée ? », Droit et Patrimoine, n° 142, nov. 2005, p. 80 : La saisie immobilière « a la réputation injustifiée de lenteur (alors qu'il ne faut pas plus de six mois pour mener une procédure de saisie immobilière), de complexité (alors qu'il ne s'agit que d'une technicité) et de coût (alors qu'elle ne coûte pas plus cher qu'une vente notariée, sauf ce qui est dû à son caractère forcé) ».

³¹ FENEON (A.), op. cit., p. 430 : Le pacte comissoire permettra aux créanciers « d'échapper à l'aléa judiciaire et aux multiples inconvénients des procédures de saisie mobilière ou immobilière devant les juridictions africaines ».

ses intérêts protégés³². Le pacte commissaire assurerait ainsi au créancier un désintéressement efficient³³. Cela suppose que le mécanisme du pacte commissaire puisse être mis en place et réalisé à moindre coût et dans un court délai. Or, si le procédé est purement conventionnel, sa mise en œuvre nécessite dans la plupart des cas l'intervention d'un expert chargé d'évaluer le bien contre rémunération. Dans ces conditions, le pacte commissaire assure-t-il toujours au créancier le paiement rapide et à moindre coût de son dû ? C'est la question de l'efficience du pacte commissaire qui est ainsi posée ; l'efficience étant définie comme la capacité à produire avec le « minimum d'effort, de dépenses », donc rapidement et à moindre coût, des résultats³⁴.

De même, le pacte commissaire assurerait au créancier un paiement effectif. Or, il n'est pas exclu que le créancier invoquant son droit d'appropriation du bien mis en garantie entre en conflit avec des tiers titulaires de droits réels concurrents sur ledit bien. C'est le cas lorsque le bien a été vendu à un nouvel acquéreur. Un ordre devra être forcément établi. L'attribution du bien ne serait-elle pas soumise au classement ? Autrement dit, le créancier bénéficiaire d'un pacte commissaire placé à un rang inférieur par rapport à d'autres créanciers du même débiteur peut-il faire valoir efficacement son droit d'appropriation et prétendre à un règlement exclusif ? Serait-il à l'abri de tout concours avec les tiers disposant d'un droit sur le bien objet de l'attribution conventionnelle ? Par ailleurs, à l'ouverture d'une procédure collective contre le constituant, les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances sont interdites. Or, par le jeu du pacte commissaire, le bien objet de la garantie devrait être attribué au créancier en paiement. L'attribution conventionnelle échapperait-elle à cette interdiction ? Ces préoccupations renvoient à la question de l'efficacité du pacte commissaire ; l'efficacité étant perçue comme la qualité de ce qui produit le résultat attendu³⁵.

Au total, la question se pose de savoir si la réglementation du pacte commissaire suffit à faire de lui un mode de réalisation efficient et efficace des sûretés, étant entendu que « l'efficacité d'un contrat est son aptitude à produire les effets désirés »³⁶ et que « l'efficience rajoute à

³² YOUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n° 3 - Septembre 2013, Doctrine, n° 3.

³³ Rappr. de l'efficience économique de la sûreté même : A cet égard, Michel Grimaldi écrit que : « L'efficience économique suppose des sûretés qui répondent aux attentes des créanciers pour qui elles sont faites : des sûretés qui soient simples à constituer, rapides à exécuter, et par là même peu coûteuses ». GRIMALDI (M.), « Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés : bilan d'une année d'application, Rapport de synthèse », Petites affiches, n° spécial, 27 mars 2008, p 74 et s., spéc. II intitulé précisément « l'efficience économique ».

³⁴ Le Petit Robert de la langue française, Paris, 2009, p. 824.

³⁵ Idem.

³⁶ LANHA (M.), « Le Prêt de Groupe de Caution Solidaire : Efficacité et Jeux », Revue d'Economie Théorique et Appliquée, vol. 1, n° 2 – Déc. 2011, p. 42 et note 1.

cette définition l'expression au moindre coût »³⁷. C'est ainsi qu'on a pu écrire que : « M. Octave mesurait ce qu'il faisait pour les autres, moins à son efficacité, qu'au mal qu'il se donnait pour le faire »³⁸. Le pacte comissoire serait efficace s'il permet au créancier, à défaut de paiement spontané, d'être effectivement propriétaire du bien mis en garantie selon les modalités convenues. Son efficience procéderait de ce transfert de propriété à moindre coût et rapidement.

Les réformes législatives de ces dernières années ont largement accordé au créancier la possibilité de devenir propriétaire du bien affecté en garantie à défaut de paiement. Mais les arguments avancés pour justifier l'importance pour le créancier d'y recourir ne sont pas d'une fermeté qui dispense d'élucider le degré de protection ainsi assuré à ses intérêts³⁹. Les vertus de célérité et d'efficacité attachées à l'attribution conventionnelle ont donné lieu à une controverse doctrinale⁴⁰ pouvant laisser perplexe et rendant nécessaire une étude sur la question. Celle-ci a trait à l'attractivité économique du droit OHADA qui relève de l'analyse économique du droit⁴¹. L'intérêt pratique de l'étude tient à ce que, si la célérité et l'efficacité

³⁷ Idem.

³⁸ Le Petit Robert de la langue française, Ibid.

³⁹ Comme l'écrit JOSSERAND, « les vérités premières sont peut-être celles qui appellent le contrôle le plus rigoureux : leur souveraineté est due, pour une bonne part, à une longue accoutumance et à la paresse de l'esprit humain, enclin à suivre le sillon, déjà tracé plutôt qu'à en créer un autre », JOSSERAND (L.), *La personne humaine dans le commerce juridique*, DH, 1932, n° 1, chron. P. 1.

⁴⁰ CROCQ (P.), op. cit., p. 222 ; PERUS (S.), « Des aspects pratiques du pacte comissoire », *Revue Lamy Droit Civil*, 2008 : le pacte comissoire est un mode particulièrement efficace de réalisation de la sûreté.

⁴¹ L'analyse économique du droit est née dans l'Université de Chicago dans les années 1960, notamment à partir des travaux de Ronald Coase dont les idées ont été relayées par des juges tels que Richard Posner et Stephen Breyer ; CARADEC (B.), « A propos du rapport Doing Business 2013 : le juriste, l'économiste et l'investisseur en société avec le Droit », www.univ-paris1.fr, consulté le 10 août 2014 : D'origine américaine, le courant de l'analyse économique du droit consiste dans son objet à expliquer des phénomènes juridiques par les méthodes et modèles de la science économique ; LAITHIER (Y.-M.), « Le droit comparé et l'efficacité économique », www.henricapitantlawreview.fr, consulté le 10 août 2014 : l'analyse économique du droit est une analyse d'efficacité. Elle se propose surtout de fournir au législateur et au juge des prescriptions quant à ce que devrait être une règle ou une décision efficiente. Cette approche se dégage des Rapports « Doing Business » de la Banque Mondiale (fondés sur la *new comparative economics*), d'où il apparaît que la *common law* présenterait une plus grande efficacité économique que les systèmes de tradition civiliste. Autrement dit, le rapport conclut à la supériorité des systèmes jurisprudentiels de *common law* sur leurs équivalents continentaux de droit écrit (GAUDREAU-DESBIEN (J.-F.), « La critique économiste de la tradition romano-germanique », *RTD civ.* 2010, p. 683). Ces rapports ont suscité en France un éventail de réactions. V. entre autres, la réaction de l'Association Henri Capitant, « Les droits de tradition civiliste en question, A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale », Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, mars 2006, www.henricapitant.org, consulté le 10 août 2014 ; Association Henri Capitant, « Les droits de tradition civiliste en question, À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale », Contributions des groupes autres que le groupe français de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, décembre 2006, www.henricapitant.org, consulté le 10 août 2014 ; ROCHER (A.) et HE (L.), « A propos du rapport Doing Business 2012 : comparaison n'est pas raison », *JCP E*, n°17, 26 avr. 2012, 1262.

ne sont pas au rendez-vous, cela peut influencer sur l'efficacité des sûretés à la disposition du créancier et le crédit s'en ressentira.

Lorsque la réalisation de la sûreté garantissant la dette du débiteur devient inévitable, ce que recherche le créancier, c'est d'obtenir à moindre coût et dans un court délai le paiement de sa créance. Ces préoccupations du créancier renvoient non seulement à l'efficacité des procédés utilisés mais également à leur efficience. Dès lors, déterminer la contribution du pacte commissaire à la protection de l'intérêt du créancier revient à en mesurer l'efficience et l'efficacité.

L'intervention de l'expert à l'étape de la réalisation du pacte commissaire, dans la mesure où elle est susceptible d'engendrer un coût important et d'allonger le délai de réalisation, conduit logiquement à nuancer l'efficience du pacte commissaire que tente d'assurer sa mise en place par un simple accord de volonté des parties. Le pacte commissaire est alors d'une efficience relative (I). Le respect des droits concurrents des tiers sur le bien objet de l'attribution conventionnelle et l'interdiction des poursuites individuelles aux fins de paiement après la décision d'ouverture d'une procédure collective sont de nature à affecter sérieusement le droit d'attribution du créancier. Le pacte commissaire paraît alors d'une efficacité incertaine (II).

I- UNE EFFICIENCE RELATIVE

Le concept d'efficience est d'origine économique. Il fait référence « à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée. Cette conception est purement utilitariste et pose la question du gain résultant éventuellement d'un investissement »⁴². Une règle de droit des sûretés sera ainsi dite efficiente lorsqu'elle garantit au créancier l'obtention effective de son dû, rapidement et à moindre coût⁴³. Si à l'étape de la constitution du pacte commissaire la célérité et l'absence de coût sont perceptibles, on ne peut en dire de même en ce qui concerne sa mise en œuvre. La constitution du pacte commissaire est compatible avec l'efficience souhaitée (A) alors que sa mise en œuvre y est défavorable (B).

⁴² MINCKE (Ch.), « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », RIEJ 1998, n°40, p. 115 et s.

⁴³ DUPICHOT (Ph.), « L'efficience économique du droit des sûretés », www.fondation.droit-continental.com, consulté le 10 février 2014. Si l'efficience doit s'apprécier au premier chef au regard des « attentes légitimes » du créancier, elle ne saurait s'accommoder d'un gaspillage inutile de richesses du donneur de sûreté, et ce à peine de méconnaître l'objectif d'une « meilleure allocation des ressources » si chère à l'analyse économique du droit.

A- UNE CONSTITUTION COMPATIBLE AVEC L'EFFICIENCE SOUHAITÉE

Le législateur OHADA a autorisé le pacte commissaire en le généralisant en matières mobilière et immobilière. Il ne peut être intéressant pour le créancier si déjà sa mise en place est contraignante. On pourrait alors croire que les formalités de constitution doivent être réduites au minimum. Et il en est ainsi en matière mobilière où on relève une liberté de forme (1) et en matière immobilière où le formalisme est allégé (2).

1- Une liberté de forme en matière mobilière

En matière mobilière, le pacte commissaire peut profiter au créancier gagiste⁴⁴ et au créancier nanti⁴⁵. L'article 104 relatif au gage de droit commun, auquel renvoient des dispositions particulières à certains gages⁴⁶ et des dispositions relatives à certains types de nantissement⁴⁷, dispose que « ... les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement »⁴⁸. A travers cette disposition, le législateur exige un accord de volonté des parties. Il admet un fondement conventionnel à l'attribution en propriété à titre de paiement du bien mis en garantie. Cela traduit sa volonté d'accélérer la réalisation des sûretés réelles. C'est pour cette raison que la conclusion du pacte ne requiert pas l'intervention d'un tiers. BAZIN-BEUST⁴⁹ en a déduit que le pacte commissaire est un

⁴⁴ V. AUS, art. 104, al. 3, pour le gage de droit commun, art. 118 relatif au gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles et art. 120 relatif au gage de stocks. On le voit bien, le législateur OHADA a admis le pacte commissaire en matière de gage de stocks contrairement à son homologue français. Cette exclusion en France a été présentée comme un élément de fragilisation de ce type de gage : LEGEAI (D.), « Le gage de meuble corporel », JCP G 2006, I 4, n° 53. Les raisons possibles de cette exclusion légale peuvent être les limites du pacte commissaire en présence de gages multiples grevant généralement les stocks (TORCK (S.), « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », RDBF juillet-août 2006, p. 39 et s., spec. n° 22) ou la nature particulière de certains stocks (produits pharmaceutiques dont seuls les pharmaciens ont le monopole de la vente etc.) pour lesquels le pacte serait inopérant.

⁴⁵ AUS, art. 134, al. 2, pour le nantissement de créance et le nantissement de compte bancaire (qui est une variante du nantissement de créance) ; art. 144 pour le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières ; art. 154, al. 2, pour le nantissement de compte de titres financiers ; art. 161 pour le nantissement des droits de propriété intellectuelle. La prohibition du pacte commissaire demeure pour le nantissement du fonds de commerce. Accorder au créancier la faculté de devenir propriétaire du fonds nanti serait irréaliste en raison de l'attachement de la clientèle à la personnalité de l'exploitant. Mais cet attachement n'a pas empêché que la vente du fonds soit permise. L'argument peut donc ne pas emporter la conviction.

⁴⁶ Art. 118 relatif au gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles renvoyant à l'article 104 et art. 120 relatif au gage de stocks renvoyant à l'article 104.

⁴⁷ Art. 144 pour le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières renvoyant à l'article 104 ; art. 161 pour le nantissement des droits de propriété intellectuelle renvoyant à l'article 104.

⁴⁸ AUS, art. 104, al. 3.

⁴⁹ BAZIN-BEUST (D.), op. cit., n° 3.

« procédé relativement expéditif » qui devrait contribuer à façonner la sûreté dite « idéale »⁵⁰ reconnaissable à la souplesse et à la rapidité de sa réalisation.

Cette disposition peut laisser penser que le pacte comissoire n'est soumis à aucune forme particulière et qu'il peut être verbal. Le pacte comissoire serait ainsi valablement conclu par les parties sans la rédaction d'un écrit. Le seul échange de volonté des parties suffirait donc à l'établir. Cette interprétation littérale du texte ne peut cependant tenir : le pacte comissoire est un acte de disposition et compte tenu de la gravité d'un tel acte, il est indiqué de s'assurer de l'exactitude de l'engagement du constituant. Et cela nécessite un écrit dont le but serait d'établir le consentement sans équivoque du constituant de voir le bien mis en garantie devenir la propriété du créancier à défaut de paiement à l'échéance.

Les termes généraux utilisés par le législateur OHADA inclinent aussi bien en faveur de la validité du pacte comissoire conclu concomitamment ou postérieurement à la constitution de l'acte de sûreté. Rien n'interdit, en effet, que la stipulation soit un avenant au contrat constitutif de la sûreté. Dans ces conditions, les parties contractantes sont libres, après la constitution de la sûreté, de conclure un pacte comissoire. On fera remarquer à cet égard que l'intérêt du constituant ne paraît pas menacé. En effet, le créancier n'est pas en mesure d'abuser de la situation pour exercer des pressions sur le débiteur. N'étant plus en position de demandeur, le débiteur n'a pas à redouter un refus de prêt. Sur cette base, le législateur belge a posé comme règle la nullité⁵¹ de la convention d'appropriation lorsqu'elle est intégrée dans la convention originaire d'hypothèque ou de gage. Cette motivation pourrait ne pas emporter la conviction en raison de ce que tant que le remboursement n'a pas eu lieu, l'emprunteur est toujours dans un rapport de dépendance à l'égard du prêteur. En somme, le pacte comissoire peut être soit une clause contenue dans l'acte constitutif de sûreté, soit un avenant à cet acte car, *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*⁵². A cet égard, l'article 2348 du Code civil français est édifiant. Il dispose qu' « il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé ». Le pacte comissoire est nécessairement une clause contenue dans l'acte constitutif de la sûreté ou dans un avenant à cet acte.

⁵⁰ V. les traits de la sûreté idéale dégagée par AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 4^{ème} éd., *Deffrénois*, 2009, n° 7 et 8.

⁵¹ Voir not. Art. 1626 C. jud. ; art. 2078 C. civ.; art. 10 L. 5 mai 1972 sur le gage commercial.

⁵² « Là où la loi ne distingue pas, nous non plus ne devons pas distinguer ».

Aucune formule solennelle n'est prévue pour la conclusion de cette clause. Il revient aux parties de convenir, dans les termes qu'elles souhaitent et sans équivoque, qu'à défaut d'exécution par le débiteur de son obligation, l'assiette de la sûreté sera donnée en paiement au créancier. L'emploi de l'expression « pacte comissoire » n'est pas non plus exigé. Même si cette expression était exigée, elle serait peu évocatrice pour le constituant non professionnel. La précision sans équivoque que le créancier deviendra propriétaire du bien en cas de non paiement est beaucoup plus expressive pour lui⁵³. L'organisation du pacte comissoire est abandonnée aux parties qui s'accordent en toute liberté sur l'attribution du bien grevé au créancier en cas de défaillance du débiteur. Le mécanisme relève donc du pouvoir des volontés individuelles et le contrat devient alors un excellent « acte de prévision ».

La loi s'avère donc peu contraignante quant aux conditions présidant à la mise en place du pacte comissoire qui ne doit intervenir que dans les limites fixées par le législateur. En effet, le pacte comissoire est permis par le législateur en matière mobilière mais cette permission n'est pas absolue. Ainsi, il ne peut être convenu en matière de gage⁵⁴ que lorsque le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle et dans le cas contraire, lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel⁵⁵. Il semble que, par cette disposition, le législateur aurait entendu protéger le débiteur non professionnel⁵⁶. Mais ce souci de protection ne se justifie guère dans la mesure où, comme il sera examiné plus loin, à l'étape de la réalisation du pacte comissoire, le recours à l'expert pour évaluer le bien destiné à être attribué au créancier en paiement est indispensable.

La simplification de la publicité du pacte comissoire imposée par le législateur pour assurer son opposabilité participe de l'efficacité du pacte comissoire. L'opposabilité du pacte est liée à celle de la sûreté qui le porte. Si le pacte comissoire est convenu lors de la constitution de la sûreté, il n'y a point de difficulté. L'article 53 de l'AUS impose que le formulaire d'inscription puisse indiquer « l'existence d'un pacte comissoire ». En revanche, s'il est

⁵³ BAZIN-BEUST (D.), op. cit., p. 53.

⁵⁴ AUS, Art. 104, al. 2.

⁵⁵ Le débiteur professionnel est défini à l'article 3 de l'AUS comme étant « tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Transposition au cas du débiteur de la notion de créancier professionnel dégagée par la jurisprudence française (Cass. 1^{ère} civ., 9 juillet 2009, n° 08-15.910, Bull. civ. I, n° 173), cette définition est fort critiquable : V. ISSA-SAYEGH (I.), commentaire sous art. 3 de l'AUS.

⁵⁶ FENEON (A.), op. cit., p. 436.

convenu par avenant, les informations contenues dans cet avenant doivent être portées en marge de l'inscription initiale.

Cette simplicité de constitution et l'absence de coût qui en résulte sont aussi remarquables en matière de sûreté réelle immobilière où le formalisme de constitution est allégé.

2- Un formalisme allégé en matière immobilière

Les arguments de la doctrine opposée au pacte comissoire en matière hypothécaire n'ont pas dissuadé le législateur OHADA. Pour une partie de la doctrine⁵⁷, l'immeuble n'est pas un bien comme un autre et il est inconcevable que les créanciers puissent se l'approprier en dehors de tout contrôle judiciaire. On peut objecter que l'idée traditionnelle « *res mobilis res vilis* » (choses mobilières, choses de peu de valeur) est dépassée. Convention attributive de propriété, le pacte comissoire serait contraire à l'essence de l'hypothèque qui confère au créancier un droit à la valeur de l'immeuble, consistant en un droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble⁵⁸. Mais il semble bien que la consécration légale du pacte comissoire en matière immobilière vient plutôt renouveler la conception de l'hypothèque puisque le créancier se voit accorder un droit en pleine propriété sur l'objet de sa garantie. L'hypothèque n'était donc plus seulement un droit à la valeur du bien mais devenait un droit à la propriété même si ce droit restait « conditionnel ».

En matière immobilière, le législateur subordonne clairement la validité du pacte comissoire à l'observation d'un certain formalisme compatible avec l'efficacité recherchée. Il est d'une grande simplicité : « ... il peut être convenu dans la convention d'hypothèque... ». Le pacte comissoire résulte alors d'un simple écrit contenu dans la convention d'hypothèque. L'AUS fait alors de la convention d'hypothèque le seul support du pacte comissoire. La formulation du texte empêche donc de spéculer sur la possibilité de convenir d'un pacte comissoire dans un avenant à la convention d'hypothèque. Et pourtant, cela devrait être autorisé, car l'avenant présenterait l'avantage de la souplesse pour les parties qui pourraient décider de conclure le pacte comissoire après la convention d'hypothèque si le besoin s'en faisait sentir.

⁵⁷ V. par exemple DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », JCP G 2006, I, 8, n° 10.

⁵⁸ SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.), *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^{ème} éd., Dalloz, Paris, 2009, n° 479 ; DELEBECQUE (P.), « Le régime des hypothèques », Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JCP, éd. G, 2006, suppl. au n° 20, I, p. 29 et s.

Bien que la modernisation de l'hypothèque dans le but de la rendre plus efficace et attractive pour les financiers soit au premier plan pour le législateur OHADA, on peut remarquer qu'il n'a pas ignoré le risque qui s'attache à l'admission du pacte comissoire en la matière. En effet, il en a réduit le domaine en sorte que le pacte comissoire n'est possible qu'« à condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation »⁵⁹.

Cette limitation peut se justifier, ou en tout cas s'expliquer, par des considérations d'ordre social de protection du donneur de sûreté portant sur l'immeuble à usage d'habitation. Le législateur a sans nul doute considéré à raison que le pacte comissoire est une technique quelque peu brutale qui peut conduire, lorsque l'immeuble est à usage d'habitation, à une expropriation lourde de conséquences au plan social. La dimension sociale qui s'attache à l'expropriation forcée, notamment du lieu d'habitation, justifie donc que le pacte soit privé d'effet lorsque la sûreté qui le porte a pour assiette un immeuble à usage d'habitation.

Mais les termes utilisés par le législateur, à savoir que « l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation » sont susceptibles d'engendrer des difficultés en ce sens qu'ils peuvent prêter à confusion car ils semblent être vagues et imprécis. Ainsi que l'écrit un auteur, « la condition posée selon laquelle l'immeuble ne doit pas servir à usage d'habitation apparaît à l'évidence équivoque; elle peut être source de plusieurs interprétations et ne permet certainement pas d'appréhender pleinement l'esprit du législateur »⁶⁰. En effet, la formule paraît maladroite. Elle vise a priori l'ensemble des immeubles appartenant au constituant et affectés à l'habitation, si bien qu'il est possible de considérer qu'un immeuble du constituant ne lui servant pas personnellement d'habitation mais mis en bail à usage d'habitation ne peut faire l'objet de pacte comissoire. Des auteurs ont pu soutenir cette position. C'est le cas de Pierre CROCQ⁶¹ et Christine YOUEGO⁶² qui estiment qu'il ne faudrait pas distinguer là où la

⁵⁹ AUS, art. 199, al. 1^{er}.

⁶⁰ FENEON (A.), op. cit., p. 439.

⁶¹ CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 296 : « Le législateur communautaire n'a pas fait de distinction quant à la personne qui use de l'immeuble aux fins d'habitation. En vertu de la règle *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, il apparaît qu'un immeuble (à usage non professionnel) habité par des personnes autres que le constituant ne pourra pas faire l'objet d'un pacte comissoire. *A contrario*, le pacte comissoire pourra porter sur un immeuble à usage professionnel, commercial ou industriel ».

⁶² YOUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle*, n° 3 - Septembre 2013, Doctrine, n° 11 : « Visant l'habitation sans en préciser l'occupant, l'article 199 de l'AUS fait automatiquement penser à la résidence principale abritant le débiteur ou le constituant avec les membres de sa famille. Pourtant, le problème

loi ne l'a pas fait. La Position de FENEON diverge de celle de ces auteurs : « l'immeuble visé est exclusivement celui servant d'habitation au débiteur ou au constituant de sorte que les autres immeubles leur appartenant, quel que soit l'usage auquel ils sont destinés, doivent pouvoir faire l'objet de la stipulation »⁶³.

S'il est vrai qu'une protection s'impose en la matière, elle ne doit porter que sur l'habitation du débiteur ou du tiers constituant. Et les dispositions de l'article 198 de l'AUS portant sur l'attribution judiciaire en témoignent. Selon ces dispositions, l'attribution judiciaire n'est pas possible lorsque l'immeuble mis en garantie constitue la résidence principale du débiteur⁶⁴. Une comparaison faite par rapport au droit français permet de relever qu'il est établi que la clause d'attribution conventionnelle est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur⁶⁵. L'exclusion ne doit pas concerner tous les immeubles du constituant à usage d'habitation mais seulement ceux qu'il a destinés à son habitation personnelle ou plus précisément celui d'entre eux qui constitue sa résidence principale. Les immeubles à usage professionnel, les immeubles servant d'habitation aux personnes autres que le constituant et les résidences secondaires du constituant peuvent être attribués par voie conventionnelle.

Pour autant, les difficultés que pourraient engendrer l'application de l'article 199 ne sont pas vidées. Encore faudrait-il situer très exactement le moment de l'appréciation de la destination de l'immeuble. L'immeuble ne doit pas être à usage d'habitation au moment de la constitution ou à la mise en œuvre du pacte ? De la réponse donnée à cette question dépend la validité du pacte commissaire. Certainement pas au moment de la mise en œuvre du pacte, au risque pour le créancier d'être souvent piégé par le constituant qui, par fraude, fixera *in fine* sa résidence principale dans l'immeuble dans le but de le soustraire à l'appropriation par le créancier. On relève que « l'article 199 de l'AUS semble dire qu'il faut se placer au jour de la conclusion du

se pose de savoir si le local occupé par des personnes autre que le constituant ne devrait pas être protégé sur le fondement de ce texte. Deux thèses s'opposent sur la question. L'une propose de ne protéger que l'habitation du débiteur ou du tiers constituant. Or, si telle avait été l'intention du législateur, pourquoi n'a-t-il pas repris dans l'article 199 la formule de l'article 198 visant expressément la résidence principale du constituant ? La seconde thèse, invoquant l'adage *ubi lex non distinguit...*, semble plus convaincante, soutenant que le législateur aurait voulu interdire l'attribution conventionnelle de l'immeuble occupé par le constituant ou par des tiers occupants du chef du constituant ».

⁶³ FENEON (A.), op. cit., p. 440.

⁶⁴ Il convient de faire remarquer que la formule d'exclusion utilisée par le législateur OHADA porte uniquement sur la résidence principale du débiteur. Ce faisant, dans l'hypothèse d'un cautionnement réel, il est possible pour les parties de prévoir une attribution conventionnelle alors même que l'immeuble constitue la résidence de la caution, ce qui se conçoit difficilement. La mesure du législateur doit être étendue au constituant qui peut être le débiteur ou un tiers.

⁶⁵ C. civ., art. 2459. Ici aussi, la formule d'exclusion du législateur français doit être étendue au tiers constituant.

pacte comissoire pour apprécier l'affectation de l'immeuble hypothéqué »⁶⁶. Le changement d'affectation de l'immeuble à la date de la réalisation du pacte ne devrait pas en constituer un obstacle.

La réglementation de la publicité du pacte comissoire relève de la compétence des Etats⁶⁷. Elle doit pouvoir être aisée comme en matière mobilière. Sans nul doute, les textes nationaux exigeront que l'attribution conventionnelle de l'immeuble hypothéqué soit mentionnée sur les formulaires d'inscription⁶⁸.

Bien qu'ils soient révélateurs de lacunes et d'imprécisions⁶⁹ entourant la constitution du pacte comissoire, les développements ci-dessus démontrent la volonté du législateur de proposer un mécanisme qui se met en place très rapidement et à moindre coût. Dans la logique de l'efficacité du procédé, la mise en œuvre du pacte comissoire devrait également s'inscrire dans ce dynamisme. Mais tel n'est pas le cas et un sérieux coup est ainsi porté à l'efficacité du pacte comissoire.

B- UNE MISE EN ŒUVRE DÉFAVORABLE À L'EFFICACITÉ VOULUE

Le législateur OHADA a mis fin à l'interdiction du pacte comissoire dans le but d'offrir aux créanciers une technique qui réalise au plus vite les sûretés. Le processus de mise en œuvre du pacte comissoire doit alors être rapide et d'un coût peu élevé. Mais à l'analyse, l'absence

⁶⁶ YUEGO (C.), op. cit., n° 12.

⁶⁷ Suivant l'article 195, alinéa 1^{er}, qui dispose : « 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 ».

⁶⁸ Curieusement, la loi n° 2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin n'en fait pas cas. Il s'agit là d'une lacune regrettable au niveau d'un texte qui a été pris après l'entrée en vigueur de l'AUS. En France, par exemple, le Décret n° 2008-466 du 19 mai 2008 modifiant le décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 pour l'application du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière a prévu dans les bordereaux hypothécaires la mention spéciale « de la clause prévoyant que le créancier hypothécaire impayé deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ».

⁶⁹ Ces lacunes et imprécisions sont préjudiciables à la sécurité juridique attendue. A propos de cette notion, V. : CARBONIER (J.), « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », in *Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1998, p. 193 : « Il est une valeur que les théoriciens du droit regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique. (...) C'est le besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal » ; Conseil d'Etat, *Rapport public, Sécurité juridique et complexité du droit*, 2006, Paris, La Documentation française : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». BOY (L.), *Sécurité juridique et droit économique*, Larcier, Paris, 2008, p. 209 : « Plus précisément, la sécurité juridique est composée de deux facettes : l'une objective et l'autre subjective. Dans son volet objectif, la sécurité juridique est d'abord garantie par la qualité de la formulation de la loi. (...) Dans son volet subjectif, la sécurité juridique dépend ensuite de la prévisibilité du droit et de la relative stabilité des situations juridiques ».

d'automaticité du transfert de propriété (1) et le recours à l'expertise pour l'évaluation du bien (2) sont défavorables à l'efficacité voulue.

1- L'absence d'automaticité du transfert de propriété

Le pacte comissoire est un mode conventionnel de réalisation de la sûreté déclenché par la défaillance du débiteur⁷⁰. Sa mise en œuvre requiert donc le défaut d'exécution de l'obligation garantie. Considérée comme une composante essentielle ou un élément constitutif du pacte comissoire⁷¹, la défaillance du débiteur est une exigence qui se comprend d'autant que le transfert de propriété, que réalise une expropriation à titre privé, ne peut se justifier que de manière exceptionnelle⁷².

La célérité recherchée par l'institutionnalisation du pacte comissoire suppose que, dès le défaut d'exécution, le pacte comissoire puisse être considéré comme réalisé. Le transfert de propriété du bien objet de la convention d'appropriation doit donc jouer de plein droit. Le créancier est automatiquement propriétaire du bien mis en garantie du seul fait de la défaillance du débiteur. Cela paraît conforme à la lettre de l'article 104 de l'AUS qui prévoit que « les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement ». Pour certains auteurs, le pacte comissoire permet au créancier, du seul fait de la défaillance du débiteur, de devenir automatiquement propriétaire du bien mis en gage, à moins que les parties n'en disposent autrement⁷³. Ils suggèrent d'en définir contractuellement « le mode de réalisation (constatation de la défaillance, moment du transfert de propriété, possibilité d'y renoncer et de procéder à la vente forcée...) ». Le créancier aurait les mains liées, à défaut de prévoir ces modalités de réalisation. En France, la jurisprudence de la Cour de cassation est orientée dans ce sens. Dans une espèce en date du 18 décembre 2008, la Cour de cassation a décidé qu'« il ne résulte ni de l'arrêt ni des conclusions que la société Lyon Mag ait soutenu que le contrat de nantissement n'ouvrait à la société Atar, postérieurement à l'expiration du délai (conventionnel) de huit jours ouvrés, qu'une simple faculté de demander la réalisation du gage ; (...) que le délai était expiré depuis le 22 novembre 2007 à 24 heures et qu'à cette date précise, le nantissement était réalisé »⁷⁴. Pour la

⁷⁰ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit civil, Les sûretés*, 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2008, n° 687.

⁷¹ LE GUIDE (R.), Rép. civ. Dalloz, V°, Dation en paiement, n° 11.

⁷² FENEON (A.), op. cit., p. 441.

⁷³ AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., n° 515 et 687 *in fine*. Adde PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, Puf, 2008, n° 206.

⁷⁴ Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-13014.

haute juridiction, en l'absence de précision légale sur la date exacte de réalisation du pacte comissoire, la réalisation du pacte comissoire a lieu de plein droit en cas de défaillance du débiteur, sauf clause contraire.

Tirant argument du fait que le pacte comissoire est conclu dans l'intérêt du créancier, des auteurs⁷⁵ soutiennent que cette technique de réalisation de la sûreté ne saurait avoir un effet automatique lié à la seule défaillance du débiteur à l'échéance. L'automatisme du pacte aurait alors pour effet d'imposer au créancier un bien qui ne l'intéresse pas et dont la vente risque d'être ni aisée, ni fructueuse⁷⁶. Le pacte comissoire devrait donc rester une prérogative pour le créancier qui doit être libre de s'en prévaloir ou non⁷⁷, sauf stipulation contraire⁷⁸. Le créancier disposerait nécessairement d'une option qui lui permet de réaliser ou non le pacte comissoire en cas de défaillance du débiteur. Il pourrait renoncer à lever l'option en préférant la vente forcée⁷⁹ sans que cela puisse être retenu comme une faute à son égard⁸⁰.

Le transfert automatique de propriété du bien grevé présente, certes, l'inconvénient d'obliger le créancier à devenir propriétaire d'un bien dont il ne souhaite devenir propriétaire⁸¹. Mais il a l'avantage de la célérité, ce qui met le créancier à l'abri des conséquences fâcheuses des difficultés financières du constituant. La possibilité peut être toujours donnée aux parties de convenir des modalités de réalisation : constatation de la défaillance, moment du transfert de propriété, possibilité pour le créancier d'y renoncer et de procéder à la vente forcée, etc. En

⁷⁵ LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, 6^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2008, p. 8 et s., n° 27 et s. ; MARCORIG-VENIER (F.), op. cit., DLDA 2007/14. 76.

⁷⁶ AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés, La publicité foncière*, 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2008, n° 514.

⁷⁷ LEGEAIS (D.), op. cit., n° 587 ; CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (Ch.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 8^{ème} éd., 2007, n° 1050.

⁷⁸ CABRILLAC (M.), CABRILLAC (S.), MOULY (Ch.) et PETEL (P.), Ibid : rien n'interdit aux parties de stipuler l'automatisme du pacte comissoire.

⁷⁹ MARCORIG-VENIER (F.), « Le pacte comissoire (et les sûretés réelles immobilières) », RDLA mars 2009, p. 81 et s., spéc. p. 83 et s.,

⁸⁰ Il faut réserver la situation du créancier en présence d'une caution garantissant le débiteur dans laquelle la renonciation à l'attribution conventionnelle pourrait le constituer en faute. En effet, en se privant d'une possibilité de paiement, il est évident que le créancier cause à la caution une perte préjudiciable, permettant à celle-ci d'invoquer sa décharge suivant l'article 29 de l'AUS. La Cour de cassation en France a décidé, à propos de l'attribution judiciaire, que la caution du débiteur principal peut être déchargée sur le fondement de l'article 2037 du Code civil si le créancier gagiste omet de demander l'attribution judiciaire de son gage : Cass. Ch. mixte, 10 juin 2005, n° 02-21.296 : *Juris-Data* n° 2005-028901 ; JCP G 2005, II, 10130, note Ph. SIMLER.

⁸¹ Le créancier pourrait être amené, à un moment non choisi par lui, peut-être en pleine crise immobilière, à devenir propriétaire contre son gré. Or, il devrait avoir la possibilité d'apprécier si la nature des biens est ou non adaptée à une revente ultérieure à son attribution. Par ailleurs, si la défaillance se produit tard durant les dernières années du crédit, il serait amené, alors qu'il n'est presque plus créancier, à payer au constituant une soulte sans commune mesure avec les sommes impayées, ce qui peut avoir de lourdes conséquences sur sa trésorerie.

l'absence d'une clause d'acquisition différée, le créancier est obligé de s'approprier le bien dès le défaut d'exécution du débiteur⁸².

Le législateur OHADA a fait un choix qui ne traduit pas la célérité recherchée. Ainsi, en matière immobilière, il a fixé un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extrajudiciaire restée sans effet, au terme duquel le créancier peut faire constater à son profit le transfert de propriété de l'immeuble grevé. Autrement dit, le créancier hypothécaire ne peut s'approprier l'immeuble objet de la convention d'attribution qu'après une mise en demeure de payer restée sans effet pendant plus de trente jours. La mise en demeure du débiteur tient le rôle d'une déclaration préalable d'appropriation. Le transfert obéit à la loi applicable dans l'Etat partie où l'opération se réalise. Seule une défaillance avérée du débiteur peut déclencher la réalisation du pacte commissoire. Le législateur prend ainsi fait et cause pour une partie de la doctrine qui considère qu'« en principe, sauf volonté contraire des parties, le moment du transfert de propriété sera celui de l'inexécution avérée du débiteur, celui de l'échéance sans effet d'une mise en demeure, puisqu'en principe, la déchéance du terme ne constitue pas le débiteur en faute »⁸³. Dans cette logique, le moment du transfert de propriété ne correspond pas à celui de la défaillance stricto sensu du débiteur mais plutôt à celui de la constatation de cette défaillance qui suppose, le plus souvent, une mise en demeure adressée au débiteur et restée sans effet ou l'échec d'une procédure de médiation préalable.

De plus, le créancier ne devient pas automatiquement propriétaire du bien dès la constatation de la défaillance du débiteur. Cela se déduit des termes employés⁸⁴ : « ... le créancier pourra⁸⁵ faire constater le transfert de propriété ... ». On en déduit que le défaut d'exécution avéré de l'obligation principale ne provoque pas le transfert systématique de la propriété du bien objet de la convention d'attribution au créancier, effet essentiel du pacte commissoire. Il est juste susceptible de le faire. Il faut en plus une manifestation de volonté du créancier dans le sens de voir transférer la propriété du bien à son profit. Le droit québécois semble s'inscrire dans cette logique. En effet, il prévoit que « le créancier qui a pris le bien en paiement en devient le propriétaire à compter de l'inscription du préavis »⁸⁶.

⁸² AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Les sûretés*, Deffrénois, 2008, n° 515 et 687 *in fine*. Ils évoquent l'analogie avec une « dation en paiement forcée ».

⁸³ AYNES (L.), « Le nouveau droit du gage », in *Sûretés mobilières : du nouveau*, Droit et patrimoine, n° 161, Juillet-Août 2007, p. 48 et s.

⁸⁴ AUS, art. 199, al. 2.

⁸⁵ C'est nous qui soulignons.

⁸⁶ Code civil du Québec, art. 2783.

En matière mobilière, bien que la mise en demeure ne soit pas expressément requise, il semble bien que le créancier ne puisse pas s'en passer. Un raisonnement par analogie basé sur la condition du créancier gagiste poursuivant la vente forcée du gage autorise cette affirmation. Muni d'un titre exécutoire, il ne peut faire procéder à la vente forcée de la chose ou demander à la juridiction compétente que le bien gagé lui soit attribué en paiement que huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage⁸⁷. On peut ainsi considérer que le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle mobilière qui souhaite réaliser le pacte comissoire dont il bénéficie doit respecter un délai de huit jours au minimum⁸⁸ après la délivrance d'une sommation au débiteur pour procéder au transfert de propriété.

Tout ceci contribue à éloigner le pacte comissoire de son objectif, à savoir la célérité. A cela s'ajoutent les contraintes liées à l'expertise du bien, lorsque cela est nécessaire.

2- Le recours à l'expertise

Pour qu'il ne résulte pas de l'attribution du bien au créancier un enrichissement sans cause, le législateur a prévu qu'une expertise devra être faite pour garantir que l'attribution se fasse à la bonne valeur. Il convient de rappeler que le pacte comissoire a été pendant longtemps interdit parce qu'il portait en lui le germe d'une sous-évaluation de la chose au détriment du débiteur. C'est pourquoi le bien destiné à être attribué au créancier doit être évalué par un tiers juridiquement et économiquement indépendant du créancier et du constituant.

Hormis les cas où l'objet de la sûreté est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, le bien meuble ou immeuble devra être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement. Les parties ne peuvent pas, quelle que soit leur compétence personnelle en la matière, évaluer elles-mêmes le bien objet de la convention d'attribution. Il y va notamment de la protection du constituant. Bien qu'il soit nécessaire de protéger ainsi le débiteur, il est à craindre que cette mesure ne constitue un obstacle à la raison d'être du pacte, à savoir la réalisation rapide et à moindre coût de la sûreté qui le porte. En effet, les opérations d'expertise risquent d'être longues, complexes, coûteuses et source de contentieux.

La mission de l'expert nécessite du temps, surtout en matière immobilière où l'évaluation d'un bien n'est pas chose facile. En effet, si en matière mobilière, les biens sont en général

⁸⁷ AUS, art. 104.

⁸⁸ En tenant compte du renvoi fait à l'article 104 relatif au gage de droit commun par les dispositions particulières à certains gages (articles 118 et 120 de l'AUS) et les dispositions relatives à certains types de nantissement (articles 144 et 161 de l'AUS).

facilement évaluable, il n'en est pas de même en matière immobilière où la détermination des valeurs des biens est souvent complexe. La prestation de l'expert évaluateur engendre un coût non négligeable qui devra généralement être avancé par le créancier, car le débiteur défaillant ne pourra pas prendre en charge le coût de la prestation, du moins pour le moment.

L'idéal est que l'expert évaluateur soit choisi de commun accord par les parties. Mais il n'est pas exclu que le constituant fasse l'objet de pressions de la part du créancier. Il pourra alors soulever des contestations. Cela conduira dans la plupart des cas à une désignation judiciaire de l'expert. Si ce mode de désignation respecte le contradictoire, il risque d'allonger à coup sûr les délais de procédure et de renchérir les coûts, ce qui n'est pas la caractéristique d'une procédure facilitée.

Certes, l'expert, tiers évaluateur, exerce sa mission dans l'intérêt commun des parties mais il doit être considéré comme un donneur d'avis contestable par les parties et modifiable par le juge. Le constituant peut contester le montant retenu par l'expert. Il n'est pas inimaginable que la valeur du bien qui serait attribué au créancier ne soit pas contestée.

Comme on peut le relever, « l'évaluation peut être beaucoup plus complexe et coûteuse que l'on ne peut l'imaginer »⁸⁹. Le prix retenu par l'expert ne sera donc presque jamais définitif. Il ne pourra qu'être entériné par une juridiction devant laquelle aussi bien le constituant que les tiers intéressés seront amenés à faire valoir leurs droits et observations sans oublier l'exercice éventuel des voies de recours. Il n'est pas sûr que dans ces conditions, le sort du créancier bénéficiaire du pacte soit meilleur. La rapidité voulue dans la réalisation de la sûreté sera nécessairement affectée, surtout en matière immobilière où l'évaluation du bien précède le transfert de propriété. En effet, la mention d'un prix de transfert de propriété est nécessaire pour procéder à une inscription du transfert de propriété en matière immobilière. Et ce prix de transfert qui servira d'assiette aux droits de mutation ne peut être obtenu qu'au terme de l'évaluation. Un auteur écrit à ce propos : « Le pacte comissoire, ce n'est certainement pas améliorer les procédures, c'est en créer de plus longues ; ce n'est certainement pas raccourcir le délai, c'est au contraire le rallonger »⁹⁰.

⁸⁹ YOUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n° 3 - Septembre 2013, Doctrine, n° 58.

⁹⁰ HOCQUARD (J.-M.), « Le pacte comissoire en matière immobilière: une fausse bonne idée? », op. cit., p. 84. L'auteur déclare qu'« il suffit de voir en matière de vente sur licitation, après succession ou après communauté, les prix retenus par les juridictions au vu des rapports d'expertise, pour savoir que rien n'est acquis et que la procédure envisagée par expert ne risque qu'une seule chose : faire encore plus de mécontents ».

Il est permis de douter qu'il résultera du mécanisme du pacte comissoire une réduction du délai et du coût de réalisation des sûretés réelles⁹¹. Ce même doute peut être exprimé en ce qui concerne l'efficacité du mécanisme.

II- UNE EFFICACITÉ INCERTAINE

L'efficacité suppose l'atteinte du résultat escompté. Le pacte comissoire est perçu comme la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien grevé sans avoir à le demander en justice⁹². Le créancier bénéficiaire d'un pacte comissoire espère devenir propriétaire du bien automatiquement dès l'inexécution de l'obligation garantie. Mais le créancier sera, très souvent, confronté aux droits concurrents des tiers sur le bien mis en garantie. De la sorte, il n'est pas possible de soutenir que le transfert de la propriété du bien se réalise au profit du créancier (A). De même, lorsque s'ouvre, contre le constituant, une procédure collective, il perd toutes les chances de voir le pacte comissoire lui être d'un quelconque secours (B).

A- UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ ALÉATOIRE

L'efficacité du pacte comissoire devrait rimer avec « l'exclusivité de paiement »⁹³. Cela suppose que la faculté d'attribution pourrait être exercée alors même qu'il existe plusieurs créanciers ayant des droits sur le bien affecté en garantie. Mais en réalité, la question de l'opposabilité du pacte comissoire aux tiers bénéficiaires de droits réels grevant le bien objet de la convention d'appropriation n'est pas si simple à résoudre. Elle s'apprécie différemment selon que le créancier prétend à l'exercice de son droit d'attribution en présence de plusieurs autres qui en sont également bénéficiaires (1) ou en présence de créanciers titulaires de droits réels sur le bien objet de la convention d'attribution (2).

⁹¹ DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », op. cit., n° 11 : « En outre, les arguments tirés de la rapidité de la procédure d'attribution et de son faible coût par rapport à ce que l'on pourrait observer dans une procédure de saisie ne sont pas recevables. D'abord parce que la procédure de saisie n'est pas aussi longue que certains le disent. Ensuite, parce que le recours à un expert engendre nécessairement des frais qui ne seront pas forcément plus réduits que ceux qui sont inhérents à toute procédure de saisie ».

⁹² CORNU (G.) (Dir.), *Vocabulaire juridique*, Puf, Paris, 2010, p. 651.

⁹³ BAZIN-BEUST (D.), op. cit., n° 16.

1- L'exercice du droit d'attribution en cas de pluralité de bénéficiaires

L'AUS n'envisage pas la question de la mise en œuvre du pacte commissaire en cas de pluralité de créanciers qui en sont bénéficiaires alors que, à l'évidence, la question ne manquera pas de se poser. Il est utile de savoir celui qui peut valablement demander l'attribution du bien en paiement.

Des auteurs ont proposé de considérer la date d'exigibilité des créances⁹⁴. Mais cette solution conduit à un résultat difficilement concevable. Un créancier bénéficiaire d'une sûreté assortie d'un pacte commissaire et régulièrement publiée se verrait refuser l'attribution du bien au profit d'un autre dont la sûreté portant sur le même bien et assortie d'une clause d'attribution conventionnelle n'a été publiée qu'après, au motif que la date d'exigibilité de la dette du premier est postérieure à celle du second. Le pacte commissaire perd de son intérêt dans ces conditions. Mieux, l'attribution du bien au regard de la date d'exigibilité ne présente aucune sécurité pour l'attributaire. En effet, elle ne supprime pas le droit de suite du créancier hypothécaire qui a le pouvoir de reprendre le bien à son concurrent. Ce dernier devra alors le désintéresser s'il a l'intention de garder le bien acquis.

L'attribution du bien faisant l'objet des conventions d'appropriation ne peut se faire qu'en fonction des dates de publication respectives des sûretés de même nature. En présence de deux créanciers titulaires d'une hypothèque sur un même bien objet de conventions d'attribution, c'est le premier inscrit qui pourra invoquer valablement le droit d'appropriation. Le second ne pourra exercer son droit d'appropriation que sur la somme consignée si la valeur de l'immeuble est supérieure à la somme due au premier inscrit. Même si le second devrait s'approprier le bien, pour quelque raison que ce soit, le premier inscrit est admis à exercer son droit de suite à son encontre. Le pacte commissaire ne peut donc s'exercer au mépris de l'ordre des inscriptions. Le droit du premier inscrit est toujours préférable aux autres.

L'attribution du bien ne peut non plus se faire au détriment de l'ordre de préférence établi par les articles 225 et 226 qui organisent la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles et des meubles. Autrement, le pacte commissaire serait un moyen de contourner ces dispositions légales. Lorsque le créancier bénéficiaire du pacte est de premier rang, l'exercice de son droit d'appropriation devrait pouvoir être aisé. Le bien lui sera attribué à sa

⁹⁴ AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., n° 687.

demande. Dans le cas contraire, il ne pourra pas se voir attribué le bien en sorte que sa faculté d'attribution restera théorique⁹⁵.

La solution retenue par la jurisprudence française à propos de l'attribution judiciaire ne saurait être appliquée à l'attribution conventionnelle. Il a été décidé que « l'attribution judiciaire est indépendante de l'ordre dans lequel les privilèges s'exercent sur le prix en cas de vente des biens nantis »⁹⁶ de sorte que l'attribution judiciaire peut être demandée par un créancier de second rang. Il ne peut en être ainsi de l'attribution conventionnelle qui ne serait plus soumise au classement. Au demeurant, le créancier de second rang attributaire recevra le bien grevé du droit de suite du premier, ce qui fait perdre au pacte comissoire son intérêt.

En somme, l'attribution conventionnelle doit être réservée au créancier de premier rang car admettre une autre solution reviendrait à remettre en cause l'ordre des droits de préférence⁹⁷. On a pu alors considérer que le pacte comissoire instauré par l'AUS a vocation à s'appliquer uniquement en cas d'inscription d'une seule hypothèque sur l'immeuble et que l'efficacité de la réforme se trouve ainsi limitée⁹⁸.

2- L'exercice du droit d'attribution et l'existence d'autres droits sur le bien

En dépit du pacte comissoire consenti au créancier, le constituant conserve la faculté de disposer du bien dont il est le propriétaire. Autrement, ce serait, en cas d'hypothèque, une atteinte portée aux prérogatives reconnues au constituant de l'hypothèque, qui doit conserver par principe le droit de jouir et de disposer de l'immeuble tant qu'il ne porte pas atteinte à sa valeur⁹⁹. Le pacte comissoire ne rend pas indisponible le bien formant l'objet de la sûreté. Il n'est pas, contrairement à ce que pense une partie de la doctrine¹⁰⁰, une promesse unilatérale de vente qui impliquerait que le constituant s'est résolument engagé à vendre le bien mis en garantie et se trouve de ce fait privé du droit d'en disposer. Le constituant qui a consenti un pacte comissoire n'est pas assimilable au promettant d'une promesse unilatérale de vente tenu d'une obligation de ne pas faire.

⁹⁵ FLORA (G.), « La réalisation de l'hypothèque », RLDA, 2007, p. 96 et s.

⁹⁶ Cass. com. 3 juin 2008, n° 07-1201 ; RTD civ. 2008, p. 701 et s. obs. P. CROCQ.

⁹⁷ En ce sens, V. DELEBECQUE (Ph.), art. préc. supra, n° 424, JCP 2006, suppl. au n° 20, p. 29 et s.

⁹⁸ YUEGO (C.), « La réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n° 3 - Septembre 2013, Doctrine, n° 77.

⁹⁹ FENEON (A.), op. cit., p. 447. V. également DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », op. cit., n° 17.

¹⁰⁰ DELEBECQUE (Ph.), op. cit., n° 27.

En cas d'aliénation, il n'est pas exclu que le créancier se trouve opposé au nouvel acquéreur du bien faisant l'objet de la convention d'appropriation. La solution d'un tel conflit n'est pas prévue par le législateur. La question qui se pose est de savoir si le créancier peut lui opposer son droit d'appropriation. Le doute qu'on pourrait avoir sur ce sujet¹⁰¹ ne semble pas justifié. En effet, lorsque les formalités d'opposabilité de la sûreté qui porte le pacte commissaire sont accomplies, le créancier peut opposer ledit pacte à l'acquéreur. En clair, le créancier dispose d'un droit de suite qu'il peut opposer au cessionnaire qui a acquis le bien avant l'exécution du pacte commissaire mais après sa formation et sa publication¹⁰².

Par ailleurs, le créancier invoquant son droit d'appropriation peut entrer en conflit avec le titulaire d'un pacte de préférence portant sur le bien, assiette de la sûreté. Le pacte de préférence est défini comme « le contrat par lequel une personne s'engage envers une autre, qui accepte, à ne pas conclure avec des tiers un contrat déterminé avant de lui en avoir proposé la conclusion aux mêmes conditions »¹⁰³.

La question se pose de savoir si le pacte commissaire peut être opposé à une personne envers laquelle le constituant du bien objet de la convention d'attribution se serait engagé, pour le cas où il se déciderait à le vendre, à le lui offrir d'abord aux conditions proposées par un tiers ou aux conditions prédéterminées. La réponse à cette question nécessite l'identification des obligations du constituant promettant. On admet qu'il n'a pas donné au bénéficiaire du pacte de préférence un consentement irrévocable au contrat de vente ; il ne s'est engagé qu'à le lui proposer pour le cas où il déciderait de vendre le bien¹⁰⁴. Le bénéficiaire jouit ainsi d'un droit de priorité¹⁰⁵ comparé à une « sorte de droit de préemption conventionnelle »¹⁰⁶. Si la vente est conclue avec un tiers sans que la proposition de vente ait été faite au préalable au bénéficiaire du pacte, le constituant engage sa responsabilité et paiera des dommages et intérêts. La vente ainsi conclue avec le tiers peut même être annulée s'il est établi que celui-ci a eu connaissance du pacte et de l'intention du bénéficiaire d'exercer le droit de préférence

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² FLORA (G.), « La réalisation de l'hypothèque », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 96.

¹⁰³ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd., 2009, p. 205.

¹⁰⁴ L'acceptation du bénéficiaire du pacte implique la formation du contrat de vente : Civ. 3^{ème}, 22 septembre 2004, *Defrénois* 2004, p. 1725, obs. Libchaber. En cas de refus, le contrat peut être conclu avec un tiers, dès lors que les conditions de ce tiers sont identiques à celles de l'offre : Civ. 3^{ème}, 29 janvier 2003, *Defrénois* 2003, p. 1267, obs. J.-L. Aubert, RTD civ. 2003, p. 497, obs. J. Mestre et B. Fages

¹⁰⁵ Tant qu'il n'a pas manifesté sa volonté de vendre, ce droit de priorité est maintenu. Civ. 1^{re}, 22 décembre 1959, JCP 1960.II.19494, note P. E., RTD civ. 1960.323, obs. J. Carbonnier.

¹⁰⁶ TERRE (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 205.

qui lui avait été consenti¹⁰⁷. Dans ces conditions, le bénéficiaire du pacte commissaire se verra opposer le pacte de préférence si celui-ci est conclu avant la convention d'attribution. Comme l'exprime le Professeur DELEBECQUE, à propos du pacte commissaire convenu dans le cadre d'une hypothèque, « on n'imagine pas que le créancier hypothécaire bénéficiaire d'un pacte commissaire puisse primer le bénéficiaire d'un pacte de préférence conclu antérieurement à la convention d'hypothèque contenant le pacte »¹⁰⁸.

Un autre conflit qui n'a pas préoccupé le législateur, mais qui est pourtant réel surtout en matière immobilière, est celui qui opposerait le titulaire d'un droit d'appropriation et le titulaire d'un droit de préemption. A l'évidence, l'attribution conventionnelle ne peut s'exercer au détriment des droits de préemption qui grèvent le bien. Le créancier ne saurait devenir propriétaire du bien objet de la convention d'attribution tant que les droits de préemption n'auront pas été totalement purgés¹⁰⁹.

La situation du créancier sollicitant l'attribution du bien est meilleure en face d'un créancier muni d'un privilège¹¹⁰ sur le bien objet de la convention d'appropriation. Il n'y a pas de privilège sans texte, c'est-à-dire que le privilège ne peut être conféré que par la loi, et l'ordre des privilèges par rapport aux autres sûretés légales et conventionnelles dépend de la loi seule. Selon les articles 225 et 226 de l'AUS, les créanciers munis de privilèges viennent après les créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. Par conséquent, le bénéficiaire d'un pacte commissaire prime systématiquement le créancier muni de privilège sur le bien, sous réserve de l'observation des mesures de publicité exigées pour rendre la sûreté contenant le pacte commissaire opposable aux tiers.

Si dans l'hypothèse de pluralité de bénéficiaires de pacte commissaire ou de créanciers disposant de droits réels concurrents sur le bien objet de la convention d'attribution, le transfert de propriété du bien n'est pas garanti, il est par contre gelé lorsque s'ouvre une procédure collective contre le constituant.

¹⁰⁷ Civ. 3^e, 10 février 1999, D. 2000, somm. Com. p. 278, obs. Brun, RTD civ. 1999.616, obs. Mestre, 856, obs. Gautier.

¹⁰⁸ DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », JCP G 2006, I, 8, n° 29.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Il s'agit ici du privilège en tant que sûreté qui a pour but d'assurer à certains créanciers nommément désignés par la loi le droit d'être préférés à d'autres créanciers.

B- UN TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ GELÉ

Au regard de la finalité du transfert de propriété du bien grevé par le jeu du pacte commissaire (1) et en raison du principe de la primauté des règles des procédures collectives, il semble qu'il n'est pas possible pour le créancier de réaliser le pacte commissaire après l'ouverture d'une procédure collective (2).

1- En raison de la finalité du transfert de propriété

Par le jeu du pacte commissaire, le créancier, en cas de non-paiement, se voit attribuer, à due concurrence de sa créance, le bien objet de la sûreté. Le pacte commissaire opère donc transfert de propriété de l'objet de la sûreté à titre de paiement. En effet, en invoquant son droit d'appropriation, le créancier, après une mise en demeure infructueuse, affecte le bien au remboursement de sa dette. Le bien devient sa propriété pour satisfaire par compensation la dette du débiteur. Celle-ci est éteinte par la satisfaction que procure au créancier l'attribution du bien grevé. La mise en œuvre du pacte commissaire aboutit donc au paiement du créancier à concurrence de la valeur du bien dont il acquiert la propriété. Il s'attache ainsi au pacte commissaire un effet translatif de propriété à titre onéreux¹¹¹ et extinctif de la créance. La réalisation du pacte commissaire s'identifie donc à un paiement par le transfert de propriété du bien grevé. Le créancier attributaire est désintéressé par l'attribution en pleine propriété du bien.

Des auteurs¹¹² en ont conclu que le pacte commissaire est une dation en paiement. C'est le cas de Philippe DELEBECQUE¹¹³ qui évoque, au soutien de sa position, le fait que le pacte commissaire permet aux créanciers d'être payés en nature par le transfert de propriété du bien mis en garantie. Dans la même logique, mais en tenant compte du fait que le transfert de propriété du bien peut ne pas avoir lieu, parce que l'obligation garantie est exécutée, d'autres auteurs¹¹⁴ analysent le pacte commissaire comme une dation éventuelle, autrement dit une dation affectée d'une condition suspensive, à savoir la défaillance du débiteur¹¹⁵.

¹¹¹ Cass. 3^e civ., 4 avril 1968, Bull. civ. 1968, III, n° 148.

¹¹² V. DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », JCP ed. G. 2006, suppl. n° 20, I, n° 23 et s. ; CARBONNEL (Ch.), « Le pacte commissaire en matière de sûretés réelles immobilières ou la réforme inachevée », JCP E 2007, 2536, n° 25.

¹¹³ DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », JCP ed. G. 2006, suppl. n° 20, I, n° 23 et s.

¹¹⁴ CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 9^{ème} éd., Litec, Paris, 2010, n° 1050.

¹¹⁵ BAZIN-BEUST (D.), op. cit., n° 7.

La dation en paiement est une modalité de paiement consistant à changer l'objet même du paiement, en employant pour exécuter l'obligation une chose autre que celle qui faisait l'objet de l'obligation¹¹⁶. On en déduit donc qu'il y a dation en paiement lorsque, écartant le principe de l'identité du paiement, les parties conviennent qu'il sera remis au créancier autre chose que l'objet même de la dette¹¹⁷. Le débiteur transfère ainsi la propriété d'un de ses biens au créancier, qui accepte de le recevoir¹¹⁸ à la place et en paiement de la prestation due¹¹⁹. Ce n'est pas le paiement en nature qui est le critère de la dation en paiement¹²⁰ mais plutôt la modification de l'obligation en vue du paiement, c'est-à-dire le changement de nature de la prestation du débiteur¹²¹. On ne peut parler de dation en paiement s'il n'y a pas modification de l'obligation¹²² : « Ceci permet de faire ressortir l'unité du mécanisme : payer par autre chose que ce qui était dû, ce qui suppose que l'obligation ait été modifiée, sans quoi elle ne serait pas éteinte faute de satisfaction du créancier ».

En matière de pacte comissoire, les parties ont en vue dès l'origine le paiement de la dette soit en numéraire, soit par l'attribution du bien mis en garantie et ils n'ont jamais changé d'avis. La dette n'est donc pas éteinte par l'attribution au créancier d'une chose autre que la chose due initialement. La situation est comparable à la clause limitative de responsabilité par laquelle un photographe prévoit la remise d'une pellicule neuve en cas de perte au cours du développement. Une telle clause ne peut, dans la pureté des principes, être regardée comme une dation en paiement, contrairement à la position de Carbonnier¹²³. En soi, le pacte comissoire n'est pas une dation en paiement mais une convention qui prévoit une dation en paiement¹²⁴. C'est, comme l'ont écrit certains auteurs¹²⁵, « une cession définitive à terme sous

¹¹⁶ CORNU (G.) (Dir.), op. cit., p. 262.

¹¹⁷ Ass. Plén. 22 avril 1974, D. 1974. 613, note Derrida ; JCP 1974. II. 17876, note Bénabent : Il y a dation en paiement lorsqu'il est remis au créancier autre chose que l'objet même de la dette.

¹¹⁸ Il est nécessaire que le créancier consente à cette modalité exceptionnelle du paiement. L'article 1243 du Code civil dispose, en effet, que : « Le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande.

¹¹⁹ MALINVAUD (Ph.), *Droit des obligations*, Litec, 10^{ème} éd., Paris, 2007, p. 582 et s. : « Bien souvent cette formule sera utilisée par un débiteur de sommes d'argent impécunieux qui, faute de liquidités, proposera un bien en échange au créancier qui le presse de le payer ; et ce dernier sera content d'accepter (souvent même il sera l'instigateur de l'opération) s'il redoute que le débiteur ne soit insolvable ou ne tombe en faillite ».

¹²⁰ MESTRE (J.), obs. sous Com., 6 juin 1990, RTD civ. 1991. 742 : « On doit se garder de confondre systématiquement dation en paiement et paiement en nature ».

¹²¹ LEOTY (D.), « La nature juridique de la dation en paiement. La dation en paiement, paiement pathologique », RTD civ., 1975, p. 29.

¹²² HIEZ (D.), « La nature juridique de la dation en paiement, une modification de l'obligation aux fins du paiement », RTD civ., 2004, n° 15.

¹²³ CARBONNIER (J.), *Droit civil, Les obligations*, T. IV, 22^{ème} éd., PUF, Paris, 2000, n° 183.

¹²⁴ BICHERON (F.), *La dation en paiement*, éd. Panthéon Assas, Paris, 2006, n° 288.

¹²⁵ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit civil. Les sûretés*, 3^{ème} éd., Defrénois, Paris, 2008, n° 687.

la condition de défaillance du débiteur ». Le pacte comissoire peut alors être assimilé à une mesure d'exécution forcée comme les procédures classiques de saisie dont il est l'alternative conventionnelle. Il est, à l'instar de l'attribution judiciaire¹²⁶, une forme atténuée ou allégée de voie d'exécution offrant au créancier une exécution alternative à la voie judiciaire¹²⁷. En définitive, le pacte comissoire apparaît comme une mesure d'exécution forcée qui poursuit le paiement d'une créance. En tant que tel, il ne peut être mis en œuvre dès l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant de la sûreté.

Le créancier bénéficiaire d'un pacte comissoire poursuivant sa réalisation ne va sans doute pas échapper à la discipline collective qui s'impose aux créanciers dès l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du constituant.

2- En cas d'ouverture d'une procédure collective contre le constituant

Aux aspirations individualistes des créanciers, la procédure collective sait opposer sa discipline collective. Celle-ci se manifeste en particulier par la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction de payer toute créance née antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles.

En matière de règlement préventif régulièrement sollicité, toute poursuite individuelle tendant à obtenir le paiement des créances désignées par le débiteur est interdite¹²⁸. A l'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, la situation du créancier n'est guère meilleure. L'article 75 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif interdit aux créanciers composant la masse d'exercer sur les meubles et immeubles du débiteur les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement.

Lorsque le constituant du bien objet d'attribution conventionnelle se trouve dans une situation à ce point délicate que doit être ouverte une procédure collective, le créancier bénéficiaire du pacte comissoire voit ses chances de paiement réduites. Par souci de protection des autres créanciers à l'égard desquels une relative égalité est recherchée, il lui est interdit de poursuivre la réalisation du pacte comissoire dont il bénéficie.

¹²⁶ DELEBECQUE (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), « Le régime des hypothèques », JCP G 2006, I, 8, n° 17.

¹²⁷ DELEBECQUE (Ph.), « L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial », RJ com 1994, p. 125 et 136 ; DELEBECQUE (Ph.), note sous Cass. com., 5 octobre 2004, n° 01-00863, JCP G 2004, I, n° 17.

¹²⁸ AUPC, art. 9.

Au regard de l'interdiction de payer les créances désignées par le débiteur et antérieures à la décision de suspension des poursuites individuelles, en cas de règlement préventif, le créancier bénéficiaire d'une sûreté assortie d'un pacte comissoire a très peu de chance de faire valoir efficacement son droit d'appropriation du bien grevé. En effet, sa créance sera presque toujours visée par le constituant qui a pris l'initiative de la procédure dans l'optique d'empêcher le transfert de la propriété du bien au créancier. De même, il n'échappera pas à l'interdiction du paiement des créances antérieures à la décision d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. En effet, c'est de plein droit que le jugement ouvrant la procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens interdit de payer les créances nées antérieurement au jugement à l'exception du paiement par compensation des dettes connexes. La mise en œuvre du pacte comissoire assortissant une créance antérieure à la décision d'ouverture ne saurait être admise, sauf en cas de paiement par compensation. Lorsqu'une procédure collective est ouverte contre le constituant, le créancier obtient difficilement le paiement de sa créance antérieure à la décision d'ouverture de la procédure. Le fait que le pacte soit un mode de paiement particulier, consistant en l'acquisition de la propriété, n'y change rien.

Mais rien n'interdit la réalisation du pacte comissoire antérieurement à la décision de suspension des poursuites individuelles. Ainsi, lorsque la défaillance du débiteur est constatée avant la décision de suspension des poursuites individuelles le créancier est susceptible de devenir propriétaire du bien. Le transfert de propriété du bien à titre de paiement est acquis et la remise du bien au créancier ne devrait pas causer de difficulté : « L'attribution du gage ordonnée avant l'ouverture de la procédure collective, par une décision statuant sur le fond, exécutoire par provision, transfère la propriété au créancier et éteint la créance de celui-ci à concurrence de sa valeur »¹²⁹. Cette décision rendue par les juges de la haute juridiction française à propos de l'attribution judiciaire est bien transposable à l'attribution conventionnelle en raison de la similitude des procédés. La date de réalisation du pacte comissoire est la date du transfert de propriété du bien objet de la convention d'attribution et non celle de la remise effective du bien.

Pour échapper à l'interdiction de payer les dettes antérieures à la décision de suspension des poursuites individuelles, il ne suffit pas seulement que le créancier manifeste sa volonté de devenir propriétaire du bien mis en garantie par une mise en demeure adressée au débiteur

¹²⁹ Cass. com. 24 janvier 2006, n° 02-11989, Bull. civ. 2006, IV, n° 15, p. 14.

antérieurement à la décision d'ouverture. Il faudrait en plus que la mise en demeure soit sans effet avant cette décision. Autrement dit, seule la défaillance avérée constatée antérieurement à cette décision est susceptible d'emporter transfert de propriété du bien au créancier.

Au total, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant du bien objet de la convention d'attribution fait donc obstacle à la mise en œuvre du pacte comissoire. Celui-ci est privé d'effet en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. Le créancier bénéficiaire ne pourrait faire valoir son droit d'attribution face à un constituant soumis à une procédure collective. Le bénéficiaire du pacte comissoire n'est pas heureux en période de difficultés du constituant. Or, c'est principalement dans cette hypothèse que le pacte comissoire présente un intérêt : si le constituant n'avait pas de difficultés, il paierait purement et simplement.

Les procédures collectives paralysent donc le jeu du pacte comissoire, en compromettent l'efficacité et en réduisent l'intérêt pour les prêteurs. Comme on peut le remarquer, « il est assurément curieux de prôner la rapidité et la souplesse de réalisation des sûretés afin d'inciter les prêteurs à dispenser du crédit tout en paralysant l'attribution conventionnelle en période de crise, là où l'intérêt des bailleurs de fonds serait d'échapper au concours »¹³⁰. Dans ces conditions, le pacte comissoire n'a que peu de chance d'être attractif. Qui songerait alors à y recourir ?

L'impossibilité pour le créancier bénéficiaire d'un pacte comissoire de le réaliser lorsque s'ouvre une procédure collective est également posée en principe par le droit français. L'article L. 622-7 du Code de commerce dispose que le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde « fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire ». La solution vaut également pour les procédures de redressement et de liquidation judiciaires par application des articles L. 631-14 et L. 641-3 du même code. Comme on peut s'en apercevoir, le législateur français est allé plus loin que son homologue de l'OHADA en interdisant la conclusion d'un pacte comissoire après l'ouverture d'une procédure collective contre le constituant. Mais cette interdiction paraît superfétatoire. En effet, on ne voit pas bien l'intérêt qu'il y a pour le créancier de convenir d'un pacte comissoire après l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant quand on sait qu'il ne pourra pas le réaliser compte tenu des règles qu'impose la discipline collective aux créanciers. En droit OHADA, la question ne se pose pas.

¹³⁰ BAZIN-BEUST (D.), op. cit., n° 15.

Par ailleurs, l'article L. 642-20-1 du Code de commerce autorise le créancier gagiste à solliciter du juge l'attribution du bien pendant la période de liquidation judiciaire. Ainsi, l'attribution judiciaire est permise là où le pacte comissoire ne l'est pas. Cette différence de traitement entre l'attribution conventionnelle et l'attribution judiciaire, que l'intervention du juge dans le second cas ne justifie pas, est étonnante. L'attribution judiciaire est soumise aux mêmes conditions que l'attribution conventionnelle et dès lors qu'elle est sollicitée, elle est de droit pour le créancier gagiste¹³¹. Le juge n'a qu'un rôle minimal dans l'attribution judiciaire.

CONCLUSION

Selon un dicton populaire, « l'enfer est pavé de bonnes idées » et le pacte comissoire semble en être une illustration. A la faveur de la réforme du droit des sûretés intervenue en 2010, le législateur a, dans la perspective de faciliter la mise en œuvre des sûretés¹³², introduit en droit OHADA, l'attribution conventionnelle ou pacte comissoire. Sous des apparences de souplesse, de rapidité et d'efficacité, le pacte comissoire est loin de combler les attentes des créanciers liées au délai, au coût et au résultat de sa mise en œuvre. À rebours de la pensée dominante, il semble que loin du miracle espéré, il fait plutôt figure de mirage nourrissant ainsi les doutes les plus sérieux quant au printemps des sûretés réelles qu'il est censé provoquer. Il peut cependant être d'un certain apport pour les créanciers mais encore faudrait-il que le texte de l'AUS soit amélioré en tenant compte des imperfections notées quant à son régime juridique.

¹³¹ AYNES (L.) et CROCQ (P.), op. cit., n° 514.

¹³² Le diagnostic de l'AUS de 1997 a révélé qu'il ne facilitait pas les conditions de réalisation des sûretés réelles dans les Etats membres de l'OHADA. Les sûretés n'étaient plus alors d'un intérêt pour les créanciers puisqu'ils ne sont plus en mesure d'y recourir aisément. Il a alors été suggéré d'assouplir les conditions de réalisation des sûretés mobilières et immobilières en reconnaissant la validité du pacte comissoire. V. CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, Paris, 2012, p. 24.