

Véronique AKANKOSSİ DEGUENON
Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE

DROIT DES AFFAIRES
DROIT DES SURETES OHADA

Les éditions du CREDIJ

DROIT DES AFFAIRES
DROIT DES SURETES OHADA

DROIT DES AFFAIRES
DROIT DES SURETES OHADA

Véronique AKANKOSSİ DEGUENON

Docteur en droit privé,

Notaire à Cotonou

Samson Igor Bidossessi GUEDEGBE

Agrégé des Facultés de Droit CAMES

Maître de Conférences

Université d'Abomey-Calavi

Les éditions du CREDIJ

Toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication, sans autorisation est interdite.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

OHADA	: Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
CCJA	: Cour commune de justice et d'arbitrage
AUPOS	: Acte uniforme portant organisation des Sûretés du 17 avril 1997
NAUPOS	: Nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés (correspond à AUS)
AUS	: Acte uniforme portant organisation des Sûretés (correspondant au NAUPOS)
C. civ	: Code civil
Art	: article
AUVE	: Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution
RCCM	: Registre de commerce et du crédit Mobilier

SOMMAIRE

Introduction.....	1
TITRE I : Les sûretés personnelles.....	20
Chapitre I : Le cautionnement.....	22
Chapitre II : La garantie et contre-garantie autonomes....	57
TITRE II : Les sûretés réelles.....	70
Chapitre I : Les sûretés mobilières.....	75
Chapitre II : Les sûretés immobilières : les hypothèques.....	132
TITRE III : L'ordre de classement des sûretés.....	154

INTRODUCTION

I- L'IMPORTANCE DES SURETES_____ 6

II- LE LIEN ENTRE SURETÉ ET CRÉDIT __13

**III- LA SOURCE ET LA NATURE DES
SURETÉS__15**

IV- L'AGENT DES SURETÉS_____ 17

Comment assurer le besoin de sécurité des créanciers dans le domaine des affaires ? Telle est la préoccupation du droit des sûretés.

Le terme sûreté a pour synonymes protection, garantie, assurance, etc. Il s'agit d'offrir au créancier des techniques de prévention et de traitement de certaines difficultés liées aux affaires. Ces techniques sont organisées par le droit des sûretés.

Le droit des sûretés constitue une branche du droit privé, se rattachant au droit des affaires. Il se préoccupe des moyens à mettre en œuvre pour limiter les risques inhérents à certaines opérations dans le domaine des affaires, voire pour les éviter.

La réglementation de la matière relevait, jusqu'il y a une vingtaine d'années, de textes épars (Code civil, Code du commerce, etc.). Ces textes étaient pour la plupart vieillots, dépassés et inadaptés au contexte économique du moment.

L'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)¹ qui poursuit, entre autres objectifs, la mobilisation des investisseurs pour le développement des activités économiques dans les États parties et l'unification du droit des sûretés dans ces États, ne pouvait pas rester indifférente à cette situation. Aussi, la matière des sûretés a-t-elle été complètement renouvelée par un texte de loi commun à tous les États de l'espace OHADA. Il s'agit de l'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés (AUPOS). Mais douze ans après, la nécessité s'est fait sentir, après une évaluation de l'impact du droit uniforme sur

¹ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), est née du traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires signé le 17 octobre 1993 (entrée en vigueur le 18 septembre 1995) à Port Louis (République de l'Île Maurice) et modifié par le traité de Québec (Canada) le 17 octobre 2008 (entrée en vigueur le 21 mars 2010). Il compte aujourd'hui 17 États africains à savoir le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée équatoriale, le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, la République Démocratique du Congo, le Sénégal, le Tchad et le Togo.

l'économie des États membres de l'OHADA, de le réviser pour mieux l'adapter au besoin de financement des États parties et aux préoccupations des investisseurs. D'où le nouvel Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés (NAUPOS ou AUS).

La notion de sûreté paraît difficile à définir et les multiples tentatives de définition proposées par le législateur OHADA en constituent la preuve. Aux termes de l'article 1^{er} de l'AUPOS, les sûretés sont « les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations, quelle que soit la nature juridique de celle-ci ». À l'occasion de la révision de l'AUPOS, le législateur a essayé de l'améliorer. Ainsi l'article 1^{er} du NAUPOS dispose qu'une sûreté est « l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations quelle que soit la nature juridique de celle-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou

déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

Il s'agit là d'un effort louable car la question de la conceptualisation n'a pas préoccupé le législateur du Code civil qui ne s'est pas non plus véritablement préoccupé du regroupement de la matière, les dispositions la concernant étant quelque peu éparpillées. C'est ainsi que le cautionnement a été développé à l'occasion de l'étude des principaux contrats (art. 2011 à 2043), le nantissement (art. 2071 à 2083), l'antichrèse (2085 à 2091), les privilèges et les hypothèques (art. 2092 à 2203) forment un ensemble plus homogène sous le titre XVIII.

La présente introduction s'intéressera à l'importance des sûretés (I), au lien entre sûreté et crédit (II), aux sources et à la nature de sûretés (III) et enfin à l'agent des sûretés (IV).

I- | L'IMPORTANCE DES SURETES

Le crédit expose à des risques qui de nos jours sont aggravés par la crise économique qui donne une ampleur considérable à leurs conséquences. Les plus importants de ces risques sont :

- l'immobilisation de la créance pour un temps plus ou moins long liée à une exécution tardive ; l'exécution tardive est source de graves préjudices pour le créancier. L'immobilisation de la créance empêche le créancier de disposer en temps réel de ses fonds avec le risque de rater des opportunités ; c'est ainsi qu'un paiement de dix mille (10 000) francs CFA attendu depuis 1994 n'a pas la même valeur que s'il n'intervient qu'en 1996 où le franc CFA a été dévalué et il ne confèrera pas le même pouvoir d'achat en 2005, encore moins en 2010 ;
- l'insolvabilité du débiteur, lorsque celui-ci a abusé de sa faculté de s'endetter ; cette insolvabilité est le risque le plus grave. Imaginez la situation du créancier si le débiteur

ne peut plus pour quelque raison que ce soit payer sa dette. Il se retrouvera dans une situation inconfortable² aux conséquences incalculables.

Lorsque survient l'un quelconque de ces risques, le créancier qui n'a pas exigé du débiteur une sûreté (créancier chirographaire) et celui dont le droit est assorti d'une sûreté (créancier privilégié³) ne sont pas logés à la même enseigne. Le second jouit d'une situation particulière et confortable du fait de la force qu'il tire de la sûreté garantissant sa créance. Il convient d'illustrer cette situation en étudiant, d'une part, le sort du créancier chirographaire et, d'autre part, celui du créancier privilégié.

A- Le sort du créancier chirographaire

² V. effet boule de neige

³ Le terme est ici utilisé dans son sens général ou générique et ne doit pas être confondu avec le créancier muni d'une forme particulière de sûreté dénommée privilège.

Une créance chirographaire est une créance ordinaire, c'est-à-dire qu'elle n'est assortie d'aucune sûreté. Son titulaire ne jouit sur les biens de son débiteur d'aucun droit particulier par rapport aux créanciers du même débiteur. En somme, c'est un créancier ordinaire. Il n'est pas préféré aux autres créanciers.

Face à une situation d'inexécution, le créancier est admis à poursuivre l'exécution de l'engagement du débiteur par la saisie de ses biens⁴ et leur vente pour se faire payer en vertu du droit de gage général que lui confère la loi sur le patrimoine du débiteur. L'article 2092 prévoit en effet que « quiconque s'est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

L'exécution de toute créance est, de ce fait, garantie par l'universalité de l'actif du débiteur, peu importe l'origine ou la date d'acquisition des biens composant ce patrimoine. Or, cet actif n'est pas figé :

⁴ La contrainte par corps pour les infractions civiles a été très tôt supprimée.

certains éléments peuvent sortir du patrimoine, d'autres peuvent y entrer. Il est intimement lié au passif du patrimoine du débiteur et les fluctuations inhérentes au concept de patrimoine sont lourdes de conséquences quant à l'efficacité ou l'inefficacité du droit de gage général. Tant que cet actif s'équilibre avec le passif, c'est-à-dire avec l'ensemble des dettes, il n'y a pas de crainte pour le ou les créanciers. Mais dès lors que le montant du passif est supérieur à celui de l'actif, les risques pour le créancier chirographaire sont énormes : ses chances de remboursement se trouvent amenuisées et peuvent même être annihilées. En effet, dans un tel cas, le créancier n'a pas la certitude d'être payé, du moins d'être intégralement payé. Et c'est là une limite du droit de gage général, la première qui enlève au créancier chirographaire l'assurance de rentrer dans ses fonds.

Le droit de gage général comporte une deuxième limite : l'existence de biens insaisissables. Le droit de poursuite que confère le droit de gage général sur les biens du débiteur implique leur saisie. Or, le

législateur a, lui-même, frappé d'insaisissabilité certains biens tels que les outils des artisans, nécessaires à leurs occupations personnelles, les objets que la loi déclare immeubles par destinations⁵.

Une troisième limite du droit de gage général est liée au fait qu'il s'agit d'un droit qui appartient à tous les créanciers. L'article 2093 du Code civil prévoit à cet effet que « les biens du débiteur sont le gage commun des créanciers et le prix s'en distribue entre eux par contribution ». À cet égard, tous les créanciers sont égaux. Cette égalité des créanciers signifie égalité devant les risques et conduit à la loi du concours caractérisée par la distribution du produit de la vente de l'actif disponible par contribution, c'est-à-dire de façon proportionnelle. On parle du partage au marc le franc ou distribution par contribution : chaque créancier recevra, au cas où le passif dépasse l'actif, une part de sa créance. Cette part est obtenue en

⁵ Cf. en droit béninois, art. 1222 de la Loi n° 2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes modifiée par la Loi n° 2016-16 du 28 juillet 2016.

appliquant le rapport entre le passif et l'actif du débiteur à sa créance.

Prenons le cas d'un débiteur qui doit à l'ensemble de ses trois créanciers la somme de 900 000 F (créancier 1 : 300 000 F ; créancier 2 : 150 000 F ; créancier 3 : 450 000 F) et dont l'ensemble des biens est évalué à 300 000 francs. Chaque créancier aura un remboursement du tiers de sa créance.

Au regard de ces observations, on est en droit de relever que le droit de gage général est un « dur en carton mouillé », « un géant aux pieds d'argile ». Du moins, il crée une illusion de garantie. C'est dire que l'expression est trompeuse. Il résulte de tout ceci que le créancier chirographaire n'est à l'abri ni du retard dans l'exécution de l'obligation par le débiteur ni de son insolvabilité qui pourrait entraîner une perte de la créance.

Les sûretés permettent justement d'éviter les risques de perte d'une partie ou de la totalité de la créance.

B- Le sort du créancier privilégié

Le créancier privilégié, c'est le créancier prévoyant qui a mis en place des mécanismes devant contraindre son débiteur au paiement ou celui pour qui la loi a prévu des mesures spéciales de protection compte tenu de la nature particulière de sa créance. Ainsi, chaque fois qu'une créance est assortie d'une sûreté, quelle qu'elle soit, son titulaire est qualifié de créancier privilégié.

Le créancier dont la créance est assortie d'une sûreté a une situation différente de celle des créanciers chirographaires, une situation protégée, en somme, meilleure. En effet, certains biens du débiteur seront isolés et affectés prioritairement à son paiement. Le créancier privilégié peut donc se prévaloir d'une cause de préférence par rapport aux autres créanciers.

Ainsi les sûretés ont été instituées par le législateur pour épargner aux créanciers les risques de retard dans le paiement ou d'insolvabilité.

Tous les développements qui suivront seront consacrés au créancier bénéficiaire de sûreté.

II- | LE LIEN ENTRE SURETÉ ET CRÉDIT

Dans le monde des affaires, hier comme aujourd'hui, la pratique du crédit est très courante ; on dira même aujourd'hui plus qu'hier car la vie économique actuelle a un besoin immense de crédit en rapport avec les besoins de financement. Le terme crédit, étymologiquement, vient du latin *credere*, qui signifie « croire », ce qui renvoie à la confiance de celui qui croit et la bonne foi de celui en qui on croit. Il s'agit de croire en la personne et ne rien exiger de plus. Ainsi, la vente à crédit est la vente dans laquelle le paiement n'est pas immédiat parce qu'on croit au débiteur ; on croit qu'il paiera effectivement à l'échéance.

Le terme crédit est susceptible de deux significations. Dans son premier sens, il désigne l'opération par laquelle une personne met une somme à la disposition d'une autre personne avec l'espoir d'être remboursée (ce n'est donc pas une donation). Dans

son second sens, le crédit désigne la somme elle-même (crédit de cinq cent mille francs CFA) empruntée ou prêtée.

Mais s'il est vrai que la confiance sous-tend tout crédit, il est aussi vrai qu'elle est souvent déçue, foulée au pied. Il s'est alors avéré nécessaire de n'accorder de crédit qu'à des personnes fiables ou crédibles. Et la crédibilité d'une personne s'apprécie non plus seulement par rapport à ses valeurs intrinsèques de personne de parole, et par rapport à sa bonne foi, mais essentiellement par rapport à sa surface financière et sa capacité à offrir des garanties. La personne même du débiteur ne suffit plus à sécuriser le prêteur, de sorte que la sûreté est devenue l'accessoire indispensable du crédit au point de conduire à une formule célèbre selon laquelle : « Pas de sûreté, pas de crédit ».

Un adage populaire a également consacré une formule également populaire dont le fondement est le même : « On ne prête qu'aux riches » (étant entendu que ceux-ci sont en mesure d'offrir des

garanties de remboursement ; et plus vous avez des biens pouvant servir de garantie, plus on vous accordera du crédit).

Il n'y a, pour s'en rendre compte, qu'à voir l'attitude des banques lorsqu'elles sont sollicitées pour un prêt ou pour un concours quelconque. L'offre de garantie est très souvent la première condition à remplir. La garantie est pratiquement incontournable, et les garanties les plus sûres, sont celles qui retiennent l'attention du banquier et l'incitent à accorder le crédit, le prêt ou le découvert, en un mot son concours.

Le lien existant entre crédit et sûreté est par conséquent très étroit. Dans le monde moderne, le premier ne va pas sans le second. Cela est d'autant plus vérifié qu'il a inspiré une chronique célèbre intitulée « *Sûretés traquées, crédit détraqué* »⁶.

⁶ MARTIN (L. M.), « Sûretés traquées, crédit détraqué », in Banque, 1975, 11 335, p. 1138.

III- | LA SOURCE ET LA NATURE DES SÛRETÉS

De l'opinion dominante, c'est la loi qui institue les sûretés. Ainsi, ne sont qualifiés de sûretés que les seuls mécanismes de protection que la loi a désignés comme tels. C'est ce qui fait la différence entre garantie et sûreté. Les sûretés sont limitativement prévues par la loi alors que les mesures de garanties peuvent être créées par les parties elles-mêmes. En somme, toute sûreté est une garantie, mais toute garantie n'est pas une sûreté. Le domaine des garanties se trouve donc être plus large que celui des sûretés.

Depuis le 1^{er} janvier 1998, c'est l'Acte uniforme portant organisation des sûretés adopté le 17 avril 1997 qui régleme les sûretés, à l'exception des sûretés relevant du droit aérien ou maritime.

Pour ce qui est des sources directes, les sûretés sont d'origines diverses. Certaines ont leurs sources dans la loi. C'est le cas des privilèges et des hypothèques légales.

Mais les parties à un acte donnant naissance à un rapport ou à un droit personnel peuvent l'assortir elles-mêmes de sûreté. La sûreté est alors conventionnelle. Il en est ainsi de l'hypothèque conventionnelle et du gage.

La constitution de la garantie est parfois ordonnée par une décision de justice. Il s'agit alors d'une sûreté judiciaire. C'est le cas de l'hypothèque judiciaire et du nantissement judiciaire.

Du point de vue de leur nature, la classification des sûretés permet d'opposer les sûretés personnelles aux sûretés réelles. Les sûretés réelles sont elles-mêmes divisées en sûretés mobilières et immobilières. C'est cette classification qui est la plus largement utilisée du point de vue pédagogique.

IV- | L'AGENT DES SURETÉS

L'agent des sûretés constitue l'une des grandes innovations du législateur à l'occasion de la réforme de l'AUPOS en décembre 2010. Selon Pierre CROCQ, ce corps de professionnels a été créé pour assurer « la

gestion des sûretés « ce qui « permet aux créanciers de soulager leur portefeuille de garanties »⁷.

Aux termes de l'article 5 du NAUPOS, seuls les établissements de crédit et les institutions financières (banque) sont autorisés à assurer la fonction d'agent des sûretés, peu importe qu'il s'agisse d'entreprises nationales ou étrangères.

L'agent des sûretés est désigné par un acte qui doit contenir, sous peine de nullité, certaines informations précisées à l'article 6 de l'AUS. Il est possible pour l'agent de sûreté de se faire substituer par un tiers dans les conditions prévues à l'acte de désignation. Mais il reste engagé par les actes de ce tiers. Les créanciers disposent d'une action directe contre ce tiers.

Le domaine d'action de l'agent des sûretés tel qu'il découle de l'article 5 de l'AUS est très large. En effet, il peut être chargé de toute sûreté ou autre garantie

⁷ DOSSIER – Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, p. 54.

depuis sa constitution jusqu'à sa réalisation en passant bien entendu par sa publicité (inscription) et sa gestion (c'est-à-dire son suivi par le renouvellement d'inscription par exemple). À tous ces niveaux, il assure la représentation du ou des créanciers qui l'ont désigné vis-à-vis des débiteurs, des garants, de toute personne ayant consenti la garantie et de tous tiers. Il peut agir en justice en leurs noms.

L'agent des sûretés doit dans ses actes, faire mention de sa qualité pour l'information des tiers qui ont intérêt à savoir les créanciers au profit desquels il agit et les créances concernées. Sa responsabilité s'apprécie, sauf disposition contraire, comme celle d'un mandataire salarié⁸.

En cas de défaillance ou de procédure collective ouverte contre l'agent des sûretés, l'article 10 alinéa 2 prévoit la possibilité pour les créanciers de l'obligation garantie de requérir son remplacement soit suivant les stipulations contractuelles soit en justice. Dans tous les cas, tous les droits et actions des

⁸ Art. 11.

créanciers de l'obligation garantie détenus par l'agent des sûretés sont automatiquement transférés au remplaçant.

TITRE I : LES SURETÉS PERSONNELLES

Chapitre I : Le cautionnement _____ 22

**Chapitre II : La garantie et contre-garantie
autonomes _____ 57**

Aux termes de l'article 4 de l'AUS, les sûretés personnelles «consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie». Ainsi, la personne concernée engage tout son patrimoine sans exclusion et sans préférence par rapport à tel ou tel bien. La technique revient donc à adjoindre au débiteur principal un ou plusieurs autres débiteurs. C'est donc une opération de multiplication des débiteurs permettant à tout le moins de répartir les risques.

Sous l'empire du Code civil, le cautionnement était la seule sûreté personnelle légalement organisée. Il aura fallu l'avènement de l'AUPOS pour voir émerger un nouveau type de sûreté personnelle, la lettre de garantie et lettre de contre garantie autonomes qui, à la faveur de la réforme intervenue en 2010, sont devenues garantie et contre garantie autonomes.

Outre donc le cautionnement, on retiendra au titre des sûretés personnelles, la garantie et contre garantie autonomes. L'étude du premier précèdera celle des secondes.

Chapitre I : Le cautionnement

On dit du cautionnement qu'il est l'archétype même des sûretés personnelles, c'est-à-dire le modèle en la matière, le prototype, la sûreté personnelle par excellence.

Le cautionnement est défini à l'article 13, alinéa 1^{er} du NAUPOS comme, «un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas lui-même»⁹. La technique du cautionnement consiste

⁹ Cette définition est tout à fait conforme à celle du Code civil dont les dispositions de l'article 2011 prévoient que «celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier, à satisfaire à cette obligation, si le

donc en l'adjonction d'un second débiteur, la caution, au profit du créancier pour sûreté de la dette contractée par le 1^{er} débiteur.

L'engagement de la caution peut être contracté sans ordre du débiteur. Ainsi, contrairement à la situation créée par l'AUPOS¹⁰, le débiteur dont l'obligation est cautionnée a le droit d'en être informé¹¹, même s'il demeure un tiers au contrat de cautionnement¹². On peut penser que le débiteur, une fois informé, peut s'opposer au cautionnement de sa dette. Dans ce cas de figure, le créancier peut refuser de lui accorder le crédit. Il n'est pas exclu que le créancier et la caution décident de passer outre l'opposition du débiteur. Cela n'entame pas pour autant la validité du contrat

débiteur n'y satisfait pas lui-même». Seul l'alinéa 2 de l'article 13 constitue une nouveauté par rapport au droit français.

¹⁰ AUPOS, art. 3, al. 2.

¹¹ Cela suppose que le débiteur n'est pas celui qui a fourni au créancier la caution.

¹² CROCQ (Pierre) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Éditions Lamy, Paris, 2012, p. 75 et s.

du cautionnement qui reste opposable au débiteur en dépit de son opposition.

Section 1 : | Les caractères généraux du cautionnement

Le cautionnement est un contrat dont le caractère le plus important réside dans le fait qu'il est accessoire à un autre contrat. Dans la mesure où les obligations caractéristiques de ce contrat ne pèsent que sur une seule partie, en l'occurrence la caution, le cautionnement se présente comme un contrat unilatéral.

Paragraphe 1 : | Le cautionnement, un contrat

Les articles 13 et 14 du NAUPOS mettent en relief la nature contractuelle du cautionnement. Le premier le précise expressément: «le cautionnement est un contrat par lequel...» Le second indique que le cautionnement se prouve par «un acte comportant la signature de la caution et du créancier», ce qui renvoie à un contrat. Il est donc clair que le

cautionnement n'est pas un acte unilatéral, mais un contrat qui a des caractéristiques propres.

**Paragraphe 2 : Le cautionnement,
un contrat accessoire**

Le cautionnement est un contrat accessoire à une obligation dite principale contractée par le débiteur principal envers le créancier. C'est de cette obligation dont le débiteur principal est tenu qui est garantie par la caution. De ce fait, la caution n'est qu'un débiteur subsidiaire ou de second rang. Il exécutera l'obligation à la place du débiteur principal si et seulement si celui-ci est défaillant, c'est-à-dire, « ... si celui-ci n'y satisfait pas lui-même »¹³.

Du lien unissant le cautionnement, contrat accessoire, à l'obligation principale, il résulte plusieurs conséquences :

- 1- le débiteur principal d'une obligation ne saurait être en même temps débiteur secondaire de la

¹³ AUS, art. 13, al. 1^{er}.

même obligation. Autrement dit, celui qui est tenu d'une obligation à titre principal ne peut en être tenu comme caution : « on ne peut se porter caution pour soi-même ». Cela est contraire à la finalité de l'opération : si le débiteur n'arrive pas à payer la dette en tant que débiteur principal, comment pourrait-il la payer en tant que caution ? L'objectif poursuivi par le créancier en exigeant du débiteur une caution, c'est de garantir l'exécution du contrat principal par l'engagement de la caution, dans l'hypothèse de la défaillance du débiteur principal ;

- 2- la validité de l'engagement de la caution dépend de celle de l'obligation principale. Ainsi, le cautionnement ne peut exister que par rapport à une obligation principale valable de sorte que la caution ne saurait être tenue que si le débiteur principal l'est lui-même. À ce propos, si l'obligation principale est annulée, le cautionnement dont elle a été assortie ne saurait lui survivre, il tombe de *plano*. Lorsque le

débiteur principal est libéré de son obligation parce que son consentement a été vicié, la caution se trouve libérée par voie de conséquence. Il en est de même si l'objet est illicite ou immoral ou si la cause de l'obligation principale est entachée des vices d'illégalité ou d'immoralité.

Il existe toutefois une exception prévue à l'article 17 du NAUPOS¹⁴. Cette disposition écarte la nullité du cautionnement lorsque l'obligation principale est annulée pour cause d'incapacité du débiteur¹⁵. Dans un pareil cas, la caution restera tenue, alors même que le débiteur principal ne l'est point. Mais il faut pour l'application de cette exception que la caution, en s'engageant, ait eu connaissance de l'existence de cette incapacité. Si au contraire, elle s'est engagée alors qu'elle ignorait l'état d'incapacité du débiteur principal, le cautionnement est nul tout comme

¹⁴ Cet article n'est que la reprise de l'article 2012 du Code civil.

¹⁵ Art. 17, al. 1^{er} : « Toutefois, il est possible de cautionner, en parfaite connaissance de cause, les engagements d'un incapable ».

l'obligation principale. En outre, en cas de confirmation du contrat principal nul par le débiteur incapable, la caution n'est pas liée. Elle ne demeurera tenue que si de façon expresse, elle renonce à la nullité ; à défaut de renonciation, elle est libérée de sa propre obligation tant qu'elle a ignoré cet état d'incapacité au moment de son engagement. S'agissant de la personne morale débitrice, lorsque son représentant a agi sans pouvoir, la caution de l'obligation contractée ne peut se prévaloir de ce défaut de pouvoir que si l'obligation principale n'est pas valable¹⁶.

- 3- La mesure de l'engagement de la caution dépend de celle de l'obligation principale. L'obligation de la caution ne peut dépasser en étendue, au moment des poursuites, celle du débiteur principal. Elle ne peut non plus être contractée à des conditions plus onéreuses. Le cas échéant, la sanction n'est pas la nullité, mais

¹⁶ Cette limitation de la caution fait présumer que tous les actes pris au nom d'une personne morale par un représentant sans pouvoir ne sont pas nuls.

la réduction de l'obligation accessoire. Elle sera ramenée dans les limites de l'obligation principale. En revanche, rien ne s'oppose à ce que la caution ne garantisse qu'une partie de la dette ou soumettre son engagement à des conditions moindres. Toute convention postérieure au cautionnement aggravant la situation du débiteur principal est inopposable à la caution. Pour faciliter à la caution la connaissance des limites de l'engagement du débiteur principal, il est souhaitable que l'acte constitutif de l'obligation principale soit annexé à la convention de cautionnement. S'il y a incertitude sur l'étendue du cautionnement, l'acte doit être interprété restrictivement et toujours dans le sens des intérêts de la caution.

Paragraphe 3 : Le cautionnement est un contrat unilatéral

Affirmer que le cautionnement est un contrat unilatéral, c'est dire qu'il ne génère d'obligation qu'à la charge de l'une des deux parties, en l'occurrence la caution. C'est elle qui s'engage envers le créancier à

lui payer la dette du débiteur si ce dernier n'y satisfait pas lui-même.

Certes, il pèse sur le créancier, l'autre partie au contrat, une obligation d'information. Pour autant, le cautionnement ne saurait être analysé comme un contrat synallagmatique. En effet, cette obligation d'information ne saurait être considérée comme une obligation réciproque à celle qui pèse sur la caution¹⁷.

Par ailleurs, s'agissant des rapports de la caution avec le débiteur principal, il faut souligner que le cautionnement peut être un acte gratuit ou onéreux. Dans le premier cas, la caution n'attend rien du débiteur en contrepartie de son engagement envers le créancier. Elle rend seulement un service d'amis ou de parent au débiteur. Dans le second cas, les parties prévoient une rémunération au profit de la caution. Ainsi, lorsqu'il s'agit d'une caution bancaire, le banquier, caution, est généralement payé.

¹⁷ CROCQ (P.), op. cit., p. 12.

Section 2 : | Les conditions de formation du cautionnement

Dans quelles conditions le contrat de cautionnement se forme-t-il valablement, sans risque d'annulation ? Du point de vue de sa formation, le cautionnement est soumis aux conditions de validité de droit commun des contrats telles qu'elles résultent de l'article 1108 du Code civil. Ce contrat obéit également à des conditions spécifiques. Toutes ces conditions sont relatives au fond ou à la forme du cautionnement.

Paragraphe 1 : | Les conditions de fond

Seules les conditions relatives à la capacité de la caution et au consentement des parties seront ici examinées.

A- La capacité de la caution

La caution doit répondre à une double condition de capacité juridique et financière : d'abord, la capacité juridique des parties. Pour qu'une personne s'engage en tant que caution, il lui faut jouir de la capacité

permettant de contracter valablement. En l'occurrence, c'est de la capacité de disposer qu'il s'agit (à titre onéreux ou gratuit). C'est pourquoi ce type d'acte est interdit aux mineurs sauf en cas de transmission de l'engagement à des héritiers mineurs, par suite de décès. Si la caution est une personne morale, l'acte doit être en rapport avec l'objet social et le signataire doit avoir été dûment mandaté.

La caution doit, sauf dispense du créancier ou du juge, être domiciliée dans le ressort territorial de la juridiction où le cautionnement doit être donné (art. 2018 code civil et art. 15, al. 1^{er} du NAUPOS). Quand elle n'y a pas son domicile, elle doit en élire un là.

Mais la capacité de la caution est encore financière. En effet, selon l'article 15, al. 2 du NAUPOS, la caution doit avoir une solvabilité suffisante. Celle-ci s'apprécie au regard de la consistance de son patrimoine. Cette exigence de patrimoine vise à s'assurer que la caution est pécuniairement ou matériellement en mesure de répondre de l'obligation cautionnée. Cette condition est si importante que si au cours de l'exécution du contrat, la caution

devenait insolvable, le débiteur principal doit, aux termes de l'article 16 en fournir une autre ou la remplacer par une sûreté réelle donnant au créancier les mêmes garanties. On en déduit que la solvabilité de la caution doit être permanente. Cette obligation de remplacement ou de substitution disparaît lorsque le créancier a subordonné son accord au contrat principal à l'engagement à son égard d'une caution nommément désignée.

B- Le consentement des parties

Le cautionnement ne se présume pas. Il requiert des parties l'expression manifeste de leurs volontés. Il s'agit bien entendu du consentement du créancier et de la caution ; le législateur n'exigeant pas celui du débiteur. Il convient de rappeler que la suppression d'engagement de cautionnement à l'insu du débiteur induit une obligation d'information de ce dernier même s'il n'est pas partie à l'acte.

Paragraphe 2 : | Les conditions de forme

Le cautionnement reste soumis à l'exigence d'un écrit qui n'est désormais qu'un moyen de preuve du contrat, l'expression « le cautionnement doit être constaté dans un acte ... »¹⁸ ayant été remplacée par la formule « il se prouve par un acte ... »¹⁹. Le régime du cautionnement est ainsi assoupli.

L'acte de cautionnement, signé par les deux parties, doit comporter la mention manuscrite par laquelle la caution indique, en lettres et en chiffres, la somme maximale qu'elle garantit.

Cette exigence, qui vise à permettre à la caution d'avoir une conscience claire et nette de son engagement, pose le problème des cautions qui ne savent ou ne peuvent écrire. Le législateur l'a résolu en instituant l'assistance de deux témoins, dénommés témoins certificateurs, qui « certifient dans l'acte de cautionnement l'identité et la présence

¹⁸ AUPOS, art. 4, al. 2.

¹⁹ AUS, art. 14, al. 1^{er}.

de la caution et attestent que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés »²⁰.

Ce faisant, le législateur a pris en considération la grande masse des populations africaines qui est analphabète afin d'éviter, comme cela arrivait souvent par le passé, que la caution s'engage sans le savoir ou sans connaître le montant pour lequel elle s'engage.

Le débat en cette matière reste de savoir si les témoins certificateurs doivent porter la mention manuscrite de la caution illettrée. Il semble bien que oui. En effet, puisque la présence des témoins certificateurs dispense la caution de l'accomplissement de cette formalité²¹, en principe obligatoire, ceux-ci se substituent à elle à cet effet.

²⁰ AUS, art. 14, al. 2.

²¹ Idem.

Section 3 : | Les modalités du cautionnement

Diverses modalités du cautionnement sont prévues par le législateur OHADA. Elles seront examinées successivement.

Paragraphe 1 : | Le cautionnement de dettes déterminées

Ici le débiteur doit une somme déterminée dont la caution a connaissance au moment de son engagement. Et c'est cette somme qu'elle s'engage à payer totalement ou partiellement en cas de défaillance.

Paragraphe 2 : | Le cautionnement général

Il est aussi appelé cautionnement omnibus. Le cautionnement est général lorsqu'il engage la caution à honorer par exemple tous les engagements du débiteur ou à payer le solde débiteur d'un compte courant, ou autrement, dans tous les cas les obligations cautionnées peuvent ne pas être spécifiées. Un tel cautionnement, malgré la généralité

des engagements de la caution, est soumis à quelques exigences légales :

- 1- comme pour un cautionnement ordinaire, le montant maximal pour lequel la caution s'engage doit, sous peine de nullité, être stipulé, englobant le principal, les intérêts et autres accessoires comme l'exige l'article 14 du NAUPOS ;
- 2- l'engagement de la caution, en tout état de cause, ne couvre, sauf clause contraire, que les dettes contractuelles directes. Ne relèvent donc pas, en principe, du champ du cautionnement général, les dettes délictuelles ni celles qui résultent de l'engagement par lequel le débiteur principal garantit les obligations d'autres débiteurs du même créancier.

Ex. À a cautionné B au profit de C (créancier), or B a lui-même cautionné D au profit de C. D étant défaillant, C poursuit B qui bénéficie d'un cautionnement général de A. Ce cautionnement général ne peut être invoqué

par C pour faire payer A car la dette de B envers C à ce moment n'est pas directe.

- 3- Les dettes garanties doivent être postérieures au cautionnement sauf clause contraire expresse.
- 4- Le cautionnement général est révocable à tout moment et de façon unilatérale par la caution, mais le contrat peut subordonner l'exercice de ce droit à des conditions de délais ou de montants. Dans tous les cas, la révocation ne produit ses effets que pour les dettes qui seront contractées après. Les engagements antérieurs restent couverts.

Paragraphe 3 : Le cautionnement réel

La caution réelle est celle qui «garantit son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens»²². C'est alors ce ou ces biens qui feront l'objet de saisie en cas de défaillance du débiteur garanti.

22 NAUPOS, art. 22, al. 1er.

Cependant, la caution, bien que réelle reste tenue de toute la dette dont le paiement sera, le cas échéant, poursuivi sur d'autres biens lui appartenant, dans la limite de la somme garantie. Dans ce cas, le créancier garanti sera exposé au concours de tous autres créanciers de la caution relativement à ces biens.

Il est possible d'éviter cette double action (la poursuite préférentielle des biens objets du cautionnement réel et la poursuite de tous autres biens de la caution, mais concurremment avec les autres créanciers). À ce propos, l'alinéa 2 de l'article 22 donne à la caution la possibilité de ne s'engager que pour la valeur du bien affecté, qu'elle couvre ou non celle de la garantie.

On le voit bien, le cautionnement réel se présente comme une sûreté hybride. Mais la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA y voit une sûreté réelle²³.

²³ CCJA, Arrêt n° 156/2016 du 27 octobre 2016, Pourvoi n° 204/2014/PC du 01/12/2014. L'espèce concerne un cautionnement hypothécaire.

Paragraphe 4 : | La certification de caution

Il arrive que le créancier trouve l'engagement de la caution insuffisant, pas assez crédible. Il peut multiplier ses chances de paiement en exigeant de la caution de se faire cautionner elle-même par le mécanisme de la certification de caution.

Dans la certification de caution, le certificateur s'engage envers le créancier à payer la dette du débiteur principal si la caution ne paie pas. Le certificateur de caution est par conséquent la caution de la caution. De la sorte, le créancier a trois débiteurs pour sa créance : le débiteur principal, la caution et le certificateur de caution.

Il y a là une sorte de cautionnements successifs qu'il est important de distinguer du sous cautionnement. Celui-ci est un contrat qui lie le débiteur principal à la sous-caution. En effet, il arrive que la caution exige du débiteur principal qu'il lui garantisse son remboursement s'il paie le créancier. L'objectif est par conséquent de permettre à la caution qui a réglé

la dette principale de se faire payer par la sous-caution. Ainsi la caution a, après paiement, deux personnes contre lesquelles elle peut agir : le débiteur principal et la sous-caution. Mais il n'y a aucun lien entre le créancier et la sous caution.

Paragraphe 5 : Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire

Le cautionnement peut être simple ou solidaire. L'article 20 a prévu une présomption de solidarité de sorte que le cautionnement simple est une exception voulue par les parties ou le législateur. Cependant en matière de certification de caution, le ou les certificateurs de caution sont cautions simples de la caution certifiée.

La différence entre le cautionnement simple et le cautionnement solidaire tient principalement au bénéfice de discussion qui appartient à la caution simple et dont la caution solidaire ne saurait profiter.

Le bénéfice de discussion est une prérogative reconnue à la caution simple, lui permettant d'échapper aux poursuites du créancier, le temps que ce dernier procède à la saisie préalable et à la vente des biens de son débiteur principal. L'obligation de la caution étant, en effet, accessoire et subsidiaire, le législateur a voulu que le créancier établisse préalablement l'insolvabilité du débiteur principal avant toute poursuite contre la caution.

Pour que le bénéfice de discussion puisse jouer, la caution doit, dès les premières poursuites du créancier :

- indiquer les biens du débiteur principal susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national ;
- fournir les deniers couvrant la dette ;
- fournir les frais nécessaires à la discussion des biens du débiteur principal ou en consigner le montant après arbitrage du juge.

Il convient de souligner que la caution judiciaire, à l'instar de la caution solidaire, n'a pas le bénéfice de discussion.

Paragraphe 6 : | La durée du cautionnement

Généralement, la durée du cautionnement est calquée sur celle du contrat principal. Mais le cautionnement peut être consenti pour une période différente de celle de l'obligation principale. Il peut valablement expirer avant le terme de l'obligation principale ou après son terme.

Section 4 : | Les effets du cautionnement

Les effets du cautionnement peuvent s'apprécier dans les rapports créancier/caution, débiteur/caution et entre cautions.

Paragraphe 1 : | Dans les rapports du créancier avec la caution

Les effets du cautionnement dans les rapports entre le créancier et la caution sont régis par le contrat de cautionnement même, à condition qu'il n'ait violé aucune disposition d'ordre public et que les

obligations en découlant pour la caution n'excèdent pas celles du débiteur principal. Ces rapports illustrent bien le caractère accessoire ou subsidiaire de la dette de la caution.

- 1- La caution peut se prévaloir de toutes les exceptions inhérentes à la dette dont dispose le débiteur principal et dont la mise en œuvre pourrait conduire à différer la date de paiement de la dette, à réduire le montant ou à l'éteindre. En effet, aux termes de l'article 26 de l'AUS, la caution est tenue de la même façon que le débiteur principal.
- 2- La caution ne jouit plus du droit à l'information qui obligeait sous l'empire de l'AUPOS, le créancier à la mettre au courant de toute défaillance du débiteur principal tel que prévu à l'ancien art. 13, alinéa 2. Cette exigence était trop lourde à mettre en œuvre et le législateur a dû assouplir la mesure. Aux termes de l'article 24 de l'AUS, l'obligation d'information ne s'impose au créancier qu'en cas de mise en demeure du débiteur restée

sans effet et elle doit être accomplie dans le mois de cette mise en demeure. L'information doit porter sur le montant restant dû avec les intérêts et frais. En cas de cautionnement général, l'information est semestrielle et doit être donnée dans le mois qui suit le terme de chaque semestre civil à compter de la signature du cautionnement. Elle doit comporter l'état des dettes, leurs causes, leurs échéances, les sommes dues et rappeler à la caution son droit de révocation dans les termes de l'article 19 de l'AUS²⁴. La sanction du non-respect de l'obligation d'information est la déchéance du créancier quant aux intérêts contractuels échus depuis la date de la précédente information jusqu'à la date de communication de l'information due.

²⁴ Il s'agit concrètement de la reproduction littérale des dispositions de l'article 19, alinéa 4 : « Il (le cautionnement général) peut être révoqué, à tout moment, par la caution avant que la somme maximale garantie ait été atteinte. Tous les engagements du débiteur garanti nés avant la révocation restent garantis par la caution ».

- 3- La caution ne peut être mise en cause que si le débiteur principal est défaillant, c'est-à-dire n'honore pas son obligation. Sa dette qui, en effet, n'est qu'un accessoire ne devient exigible qu'à ce moment-là. Et cette défaillance doit être constatée. Ainsi, le créancier ne peut poursuivre la caution que si la mise en demeure de payer adressée au débiteur principal est restée infructueuse. Il doit alors appeler le débiteur principal à la cause afin que les moyens de défense qu'invoquera ce dernier puissent profiter à la caution et les libèrent tous deux le cas échéant.
- 4- Il peut arriver que le créancier accorde au débiteur des délais supplémentaires pour exécuter l'obligation garantie, il devra en aviser la caution en précisant le montant restant dû de même que les intérêts et accessoires. La caution a le choix entre deux attitudes possibles :
 - elle peut refuser le bénéfice de la prorogation et décider de poursuivre sans délai, et par

mesure de précaution, le débiteur afin de l'amener soit à payer sa dette soit à fournir une garantie ou une mesure conservatoire. La raison de cette rigueur est d'éviter à la caution de subir les conséquences d'une insolvabilité qui peut survenir ou être organisée par le débiteur pendant ce délai.

En revanche, la déchéance du terme encourue par le débiteur est sans effet sur le terme de l'obligation de la caution. Celle-ci ne peut être poursuivie qu'à l'arrivée du terme convenu au contrat de cautionnement ; toute clause contraire est non avenue. Mais il est à observer que la caution elle-même peut encourir la déchéance du terme si après mise en demeure, elle ne s'exécutait pas à l'échéance convenue²⁵.

- 5- Pour contraindre la caution au paiement, il faut que le créancier exhibe un titre exécutoire contre elle. Il y a lieu d'envisager deux hypothèses :

²⁵ AUS, art. 23, in fine.

- le cautionnement a été constaté par un acte authentique, c'est avec la grosse de cet acte que les poursuites seront engagées ;
 - le cautionnement est sous-seing privé, le créancier devra alors obtenir au préalable un jugement de condamnation de la caution avant toute saisie.
- 6- La caution simple peut, dès qu'elle est poursuivie, discuter la poursuite. Lorsque le bénéfice de discussion a été régulièrement évoqué, la conséquence immédiate est la suspension de toute poursuite contre la caution. C'est comme si un moratoire légal lui a été accordé. Si par négligence du créancier (défaut de poursuite par exemple) le débiteur devient insolvable, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard de la caution de cette insolvabilité.
- 7- Lorsque plusieurs personnes se portent cautions pour le même débiteur et pour la même dette (cofidéjusseurs), chacune d'elle peut demander au créancier de ne lui

réclamer que sa part de dette, c'est-à-dire de diviser la dette entre lui et les autres cofidéjusseurs. Elle invoque ainsi le bénéfice de division. Mais cette division prendra seulement en compte les cautions qui sont solvables au moment où la division est invoquée. L'inconvénient est que la mise en œuvre de cette prérogative conduit à des poursuites multiples ainsi qu'à des frais de procès exorbitants. L'insolvabilité d'une caution après la division de la dette est sans effet sur la quote-part des autres cautions. Mais il est à noter que le bénéfice de ce privilège disparaît lorsqu'il y a eu stipulation de solidarité entre les diverses cautions ou renonciation par elles à ce bénéfice.

Paragraphe 2 : | Les rapports débiteur-caution

Quatre principaux points seront examinés :

- 1- avant de payer, la caution doit aviser le débiteur principal ou le mettre en cause. Tout est ainsi mis en œuvre par le législateur pour que le débiteur principal soit impliqué dans le procès
- 2- la caution qui a payé la dette du débiteur principal dispose contre ce dernier d'un recours personnel. Ce recours a lieu tant pour le principal que pour les intérêts de la somme payée par la caution et les frais exposés depuis qu'elle a dénoncé au débiteur principal la poursuite dont elle fait l'objet, mais dans la limite de l'engagement pris par la caution. Au cas où la caution ne s'est engagée que pour partie de la dette comme l'y autorise l'article 18, et si elle a payé, le créancier ne peut être préféré à la caution qui exerce son recours personnel ; tous deux se rembourseront en concours sur les biens du

débiteur, le créancier pour le restant de sa dette et la caution pour le montant payé.

Ex. un débiteur dont la dette a été cautionnée à hauteur des 2/3 est poursuivi à la fois sur le seul bien qu'il possède, une parcelle estimée à un million, d'une part, par la caution pour les deux millions qu'elle a payés pour lui et, d'autre part, par le créancier pour le million non garanti par la caution. Aucun des poursuivants ne sera préféré à l'autre en sorte que le partage se fera au marc le franc.

Dans certaines hypothèses, à titre préventif, la caution peut déjà mettre en œuvre son recours, même avant de payer si le débiteur est en faillite ou en déconfiture, si la dette arrive à échéance, si elle n'a pas été déchargée dans le délai convenu ou si la caution est poursuivie ;

- 3- la caution qui a utilement payé la dette du débiteur principal est subrogée dans tous les droits et garanties qu'avait le créancier contre le débiteur. Ainsi, les sûretés attachées à la

créance profitent à la caution. Il en est de même à l'égard des codébiteurs, qu'elle les ait cautionnés tous ou seulement l'un d'entre eux, mais à condition qu'il y ait solidarité entre eux. Au cas où la dette est conjointe aux débiteurs principaux (l'un s'est engagé par exemple pour 1/10 et l'autre pour les 9/10 restants) la caution ne peut que diviser son recours. Si la subrogation ne peut s'opérer du fait du créancier, la caution se trouve libérée totalement ou partiellement selon les cas.

- 4- La caution dispose enfin d'une action en réparation de tous les préjudices subis du fait des poursuites par l'allocation de dommages et intérêts.

Paragraphe 3 : | Dans les rapports entre cautions

- 1- Chaque cofidéjusseur dispose à l'égard des autres du bénéfice de division dans les termes de l'article 28 de l'AUS. Ainsi, en l'absence de stipulation de solidarité entre les cautions ou en cas de renonciation par elles au bénéfice de division, chacune d'elle peut sur premières

poursuites du créancier demander la division de la dette, mais seulement entre les cautions solvables. L'insolvabilité des autres cautions intervenue après la division ne saurait être supportée par la caution qui a efficacement évoqué le bénéfice de division. Par ailleurs, si la division a été spontanée de la part du créancier, elle devient irrévocable.

- 2- En cas de paiement par l'un des cofidéjusseurs, le principe contenu à l'article 34 de NAUPOS est le suivant : la caution qui a payé la dette à laquelle d'autres personnes sont également obligées à titre de caution a un recours contre celles-ci ; mais chacune pour sa part et portion peu importe l'insolvabilité de l'un ou de l'autre des cofidéjusseurs.
- 3- Le certificateur de caution doit aviser la caution certifiée ou la mettre en cause avant de payer la dette au créancier poursuivant. Dans le cas contraire, il perd son recours contre la caution certifiée, à condition que

celle-ci ait la possibilité de faire déclarer la dette éteinte ou ait ignoré le paiement. Le certificateur de caution est subrogé dans tous les droits et garanties du créancier poursuivant, pour tout ce qu'il lui a payé. Le certificateur de caution dispose contre la caution certifiée des mêmes recours que la caution contre le débiteur principal.

Section 5 : | L'extinction du cautionnement

Les obligations issues du cautionnement peuvent s'éteindre de deux manières, soit par voie accessoire soit par voie principale.

Paragraphe 1 : | L'extinction par voie accessoire

L'extinction par voie accessoire est également qualifiée d'extinction par voie de conséquence. Elle suppose l'extinction de l'obligation principale pour quelque cause que ce soit : paiement, annulation, novation, compensation, prescription, etc. L'extinction est soit totale ou partielle.

Toutefois, cette règle d'automatisme comporte une exception en cas de nullité de l'obligation principale fondée sur l'incapacité du débiteur principal. Dans ce cas, l'extinction de l'obligation principale est sans effet sur le cautionnement lorsqu'il a été consenti en parfaite connaissance de cause.

Par ailleurs, l'extinction du cautionnement par voie de conséquence appelle des observations dans les hypothèses ci-après :

- si la cause de l'extinction est une dation en paiement, la caution est définitivement libérée même si le créancier vient à être évincé de la chose acceptée par lui en paiement ;
- en cas de novation de l'obligation principale par suite d'un changement d'objet, de cause, par modification des modalités ou sûretés dont l'obligation principale est assortie, la caution est également libérée, mais il peut être convenu entre les parties que la garantie de la caution sera reportée sur la nouvelle dette.

Paragraphe 2 : | L'extinction par voie principale

L'obligation de la caution peut s'éteindre par voie principale, c'est-à-dire indépendamment de l'obligation principale. La survenance d'une des causes d'extinction prévues par l'article 37 de l'AUS met fin à l'obligation de la caution : remise de dette, compensation, confusion entre créancier et caution. Par ailleurs, la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur par le fait de ce créancier. Il en est ainsi en cas de main levée sur l'hypothèque ou encore de non renouvellement d'inscription par le créancier.

Il est à noter que le décès de la caution n'annule pas complètement les effets de son contrat de cautionnement ; les héritiers de la caution décédée sont tenus des dettes du débiteur principal antérieures au décès (art. 36, dernier al.). Mais les dettes postérieures au décès de la caution n'engagent pas les héritiers.

Chapitre II : La garantie et contre-garantie autonomes

La pratique ou les besoins de crédit dans le système économique actuel ont considérablement contribué à la création de nouvelles sûretés personnelles. Les mécanismes du Droit des obligations ont souvent été mis à contribution à cette fin, et sont de plus en plus utilisés pour créer des droits en faveur d'un créancier contre une personne qui n'est pas le débiteur²⁶.

²⁶ C'est le cas par exemple de l'action directe.

La garantie que constitue le cautionnement ne protège pas suffisamment le créancier en raison de la subsidiarité de l'obligation qu'il génère et qui ne permet pas toujours à celui-ci d'être payé. Des garanties autonomes encore appelées garanties indépendantes ont été alors créées pour contourner les insuffisances du cautionnement. Elles créent des engagements autonomes, distincts de l'engagement garanti. C'est le cas de la délégation imparfaite ou simple, de la garantie à première demande, de la garantie de bonne fin, de la garantie documentaire, de la garantie à première demande justifiée, de la lettre d'intention, de la garantie abstraite, de la lettre de garantie ou de crédit standby générées par la pratique des affaires.

Mais de toutes ces créations de la pratique, seule la lettre de garantie recevra la consécration législative avec l'AUPOS dans ses articles 28 à 38, ce qui est un véritable progrès. Le législateur OHADA a ainsi emboîté le pas aux États qui l'avaient déjà consacrée.

L'article 39 du NAUPOS la définit comme « l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre, et sur instructions de ce donneur d'ordre à payer une somme déterminée au bénéficiaire soit sur première demande de la part de ce dernier, soit selon les modalités convenues ». Comme on le constate, à l'instar du cautionnement, trois personnes sont impliquées dans le rapport de droit institué par ce type de sûreté : le garant, le donneur d'ordre et le bénéficiaire.

Si le garant lui-même se fait garantir par une quatrième personne, il y aura contre-garantie autonome. Celle-ci est définie comme « l'engagement par lequel le contre-garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par le donneur d'ordre et sur instructions de ce donneur d'ordre à payer une somme déterminée au garant, soit sur première demande de la part de ce dernier, soit sur des modalités convenues »²⁷.

²⁷ AUS, art. 39, al. 2.

La garantie et contre-garantie autonomes se distinguent principalement du cautionnement par le fait que le garant ou le contre-garant ne peut bénéficier des exceptions de la caution en l'occurrence les bénéfices de discussion et de division.

Section 1 : | Les règles de formation de la garantie et contre-garantie autonomes

Elles sont relatives, d'une part, à la personne du garant ou du contre-garant (paragraphe I) et, d'autre part, aux exigences liées à la forme de la garantie (paragraphe II).

Paragraphe 1 : | La personne du garant ou du contre-garant

Compte tenu du régime sévère et très contraignant auquel est soumise l'exécution des obligations nées d'une garantie autonome, ne peuvent la souscrire, que des personnes morales. L'article 40 affirme en effet et sans ambiguïté que « les garanties et contre-garanties autonomes ne peuvent être souscrites par les personnes physiques, sous peine de nullité ».

Ainsi, le donneur d'ordre, le garant ou le contre-garant ne peut être une personne physique.

De tels actes emportent des conséquences jugées assez graves pour être souscrits par de simples particuliers, profanes du point de vue des affaires. C'est pourquoi il est réservé aux personnes morales, c'est-à-dire aux professionnels qui ne s'engagent généralement pas en toute naïveté, mais mesurent les risques qu'ils prennent. Aucune distinction n'est à faire entre les personnes morales, qui peuvent être de droit privé ou de droit public. Il est cependant à observer que dans la pratique, ce sont des personnes morales spécialisées qui souscrivent des engagements de garantie autonomes notamment les banques.

Paragraphe 2 : | La forme de la garantie

C'est l'article 41 qui règle le régime de la garantie autonome quant à sa forme. La garantie obéit à une double exigence de forme.

D'abord, la garantie et contre-garantie autonomes ne se présument pas. Autrement dit, elles doivent

résulter de la volonté expressément manifestée par les parties. Ensuite, le législateur en a fait un acte solennel contrairement au cautionnement : non seulement un écrit est exigé pour la validité de la garantie et contre-garantie autonomes, mais encore le contenu de cet écrit est rigoureusement réglementé. Il doit, sous peine de nullité, comporter neuf mentions énumérées à l'article 41 du NAUPOS²⁸.

Cette double exigence de forme vise à amener le souscripteur à avoir une conscience claire de l'acte qu'il pose en même temps qu'elle permet d'éviter toute contestation et ambiguïté au sujet de l'acte.

²⁸ Il s'agit entre autres de la dénomination de garantie ou de contre-garantie autonome, des noms du donneur d'ordre, du bénéficiaire et du garant ou contre garant, de la convention de base, l'action ou le fait, cause de l'émission de la garantie ou de la contre-garantie, du montant maximum de la garantie ou contre-garantie, de la date d'expiration ou du fait entraînant l'expiration de la garantie, des conditions de la demande de paiement et de l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions.

Section 2 : | Les effets de la garantie et contre-garantie autonomes

La garantie et la contre-garantie autonomes créent des engagements autonomes tout à fait distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ou la cause. C'est pourquoi on parle à leur sujet de garantie autonome ou indépendante. Elles ont un caractère irrévocable si leur durée est limitée dans le temps et irrévocable par le garant ou le contre-garant s'il s'agit d'un engagement à durée indéterminée.

Par ailleurs, le bénéficiaire ne peut pas céder son droit à garantie car le contrat est conclu *intuitu personae*. Cependant la créance du bénéficiaire résultant de l'appel à garantie est cessible.

A- La date d'effet et le lieu de paiement

Dès l'émission de la garantie ou contre-garantie autonome, celle-ci prend effet. Mais de façon expresse, la prise d'effet peut être différée ou reportée. Le paiement par le garant, en cas de mise en œuvre de la garantie, s'effectue au lieu d'émission.

B- Le régime de l'appel à garantie

Le bénéficiaire qui réclame paiement sur la base d'une garantie autonome doit adresser au garant une demande écrite accompagnée des documents prévus à cet effet. La nature de l'écrit importe peu. Il peut s'agir d'une lettre, d'une sommation ou d'un commandement. Mais la demande de paiement doit faire mention de la défaillance du donneur d'ordre dans l'exécution de l'engagement de base. Cette exigence fait quelque peu douter du caractère autonome de la garantie à première demande.

La demande écrite du garant sollicitant du contre-garant le paiement, au titre de la contre-garantie autonome, doit préciser que celui-ci a reçu une demande de paiement de la part du bénéficiaire et conforme aux stipulations de la garantie.

La demande de paiement doit être faite conformément aux stipulations de la garantie ou de la contre-garantie autonome et, sauf disposition contraire, présentée au lieu d'émission. Autrement, le garant ou

le contre-garant est en droit de refuser d'honorer son engagement. La présentation de la demande doit intervenir au plus tard à la date d'expiration de la garantie ou de la contre-garantie autonome, sous peine de la disparition de l'engagement du garant ou du contre-garant.

Le montant exigé est celui-là même qui a été stipulé au contrat. Et ce montant est réduit du total des sommes qui ont pu être payées par le garant ou le contre-garant selon les termes de leurs engagements respectifs.

L'article 46 de l'AUS accorde au garant ou au contre-garant, selon le cas, un délai de cinq jours ouvrés pour apprécier si la demande en paiement du bénéficiaire ou du garant est conforme aux stipulations contractuelles.

En matière de garantie autonome, le garant a l'obligation de transmettre au donneur d'ordre et ce, sans retard, la demande de paiement du bénéficiaire avec ses annexes pour son information. Cette

démarche ne vise nullement à obtenir une autorisation éventuelle de ce dernier avant le paiement ; le législateur a simplement entendu informer le donneur d'ordre de la procédure ainsi engagée. Lorsqu'il s'agit d'une contre-garantie autonome, la transmission se fait par le garant au contre-garant qui se chargera, à son tour, de transmettre la demande au donneur d'ordre.

Le paiement effectué par le garant éteint le contrat de garantie autonome en même temps que le contrat de base. Le donneur d'ordre est alors libéré de son obligation vis-à-vis du bénéficiaire et devient désormais débiteur du garant. Pour avoir payé la dette d'autrui, le garant dispose contre le donneur d'ordre d'un certain nombre de recours. Ce sont d'ailleurs les mêmes que ceux de la caution contre le débiteur principal : recours personnel²⁹ et recours subrogatoire³⁰. Ces mêmes recours appartiennent au contre-garant qui aura fait un paiement utile, c'est-à-dire, conforme aux termes de son engagement.

²⁹ V. Art. 32 NAUPOS

³⁰ V. Art. 31 NAUPOS

Si le garant rejette la demande, le bénéficiaire doit en être informé dans le délai de cinq jours avec notification des irrégularités motivant le rejet. Il convient de rappeler que le garant ne peut rejeter la demande de paiement que dans l'hypothèse où la demande du bénéficiaire n'est pas conforme aux termes de la garantie.

Ce droit de s'opposer à la demande de paiement du bénéficiaire est également reconnu aussi bien au donneur d'ordre qu'au contre-garant. Ceux-ci peuvent, en effet, faire défense au garant de payer si la demande est manifestement abusive ou frauduleuse³¹.

³¹ La Cour de cassation française considère par exemple, que le donneur d'ordre, après exécution de la garantie, était en droit de se retourner contre le garant ou le contre-garant lorsque ce dernier aurait payé une garantie périmée ou s'il avait donné suite à un appel à garantie dont il ne pouvait ignorer le caractère manifestement abusif. Cass. Com. 7 juin 1994, n° 92-16.358, JCP G 1994, II, 22 312, notes Stoufflet J., D. 1995, somm., p. 21, obs. Vasseur M., RTD com. 1994, p.763, obs. Cabrillac M.

Par ailleurs, le donneur d'ordre peut s'opposer au paiement du garant par le contre-garant en établissant que le garant savait ou aurait dû savoir que la demande de paiement du bénéficiaire avait un caractère manifestement abusif ou frauduleux³².

Le garant comme le donneur d'ordre peut aussi agir contre le bénéficiaire : le premier, en qualité de créancier du donneur d'ordre pour obtenir, par la voie de l'action oblique ou de l'action en responsabilité, le montant indûment perçu par le bénéficiaire³³ ; le second peut, même si l'hypothèse n'est pas expressément prévue par le NAUPOS, agir en restitution de tout ou partie du montant de la garantie indûment perçue par le bénéficiaire, s'il

³² AUS, art. 47, al. 2.

³³ Ceci dans l'hypothèse où le donneur d'ordre n'aura pas remboursé le montant de la garantie acquittée alors que le bénéficiaire n'aurait pas dû recevoir paiement. V. CROCQ (Pierre) (dir.), op. cit., n° 172, p. 131.

estime que l'appel en garantie est manifestement abusif ou frauduleux³⁴.

Section 3 : | L'extinction de la garantie autonome

Les causes d'extinction de la garantie autonome ou de la contre-garantie autonome sont de plusieurs ordres. Il s'agit de :

- l'arrivée du terme à la date calendaire prévue au contrat ou à l'expiration du délai convenu ;
- la présentation par le donneur d'ordre au garant ou au contre-garant des documents

³⁴ « Le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que celui-ci a reçu indûment le paiement, par preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie, ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le garant. Cass. Com., 7 juin 1994, n° 93-11.340, Bull. civ. IV, n° 202, JCP G 1994, I, 3807, n° 15, obs. Simler Ph., JCP E 1994, II, 637, note Leveneur L., D. 1995, somm., p.19, obs. Vasseur.

libératoires spécifiés, s'il en a été prévu au contrat ;

- la déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation (garantie autonome) ou déclaration écrite du garant libérant le contre-garant de son obligation (contre-garantie autonome).

TITRE II : | LES SURETÉS RÉELLES

Chapitre I : Les sûretés mobilières _____73

**Chapitre II : Les sûretés immobilières : les
hypothèques _____130**

Contrairement aux sûretés personnelles qui créent pour le créancier un droit d'agir contre une personne autre que le débiteur principal, les sûretés réelles confèrent au créancier bénéficiaire, un droit réel direct sur un ou plusieurs biens d'un débiteur ou d'un tiers. Ceux-ci ont en effet, particulièrement un élément d'actif de leur patrimoine affecté de façon prioritaire au paiement de la dette concernée.

Aux termes de l'article 4 de l'AUS, la sûreté réelle « consiste soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation »³⁵.

Ainsi, alors que la sûreté personnelle autorise le créancier bénéficiaire à saisir un bien quelconque de celui qui l'a consentie, avec le risque d'avoir à en partager le prix avec d'autres créanciers avec lesquels il se trouverait en concours, le titulaire d'une sûreté

³⁵ AUS, art. 4, al. 2.

réelle exclurait tous autres créanciers du même débiteur ou les primerait sur le prix de réalisation du bien ou des biens objets de la garantie. Les sûretés réelles existent sous deux formes. Et il existe également deux types de critères pour les répartir. Le premier critère est la possession du bien objet de la garantie. Certaines sûretés réelles entraînent dépossession ou dessaisissement du constituant.

Le second critère prend en compte la nature des biens affectés. Ainsi, on oppose les sûretés mobilières aux sûretés immobilières. Cette dernière distinction, d'ailleurs classique, est celle que le législateur OHADA a adoptée.

Chapitre I : Les sûretés mobilières

L'article 50 de l'AUS dénombre cinq (5) sûretés mobilières : le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges. Toutes ces sûretés ont en commun la nature mobilière de leur assiette. La garantie porte sur des biens meubles.

Section 1 : | Le droit de rétention

Jusqu'à l'avènement du NAUPOS, le droit de rétention n'était qu'un appendice, une prérogative reconnue au créancier gagiste et découlant de son emprise sur un bien de son débiteur. L'institution du

droit de rétention comme une sûreté est l'une des grandes innovations du NAUPOS. Il l'a érigé en véritable mesure de sûreté³⁶ à laquelle tout créancier peut avoir recours si les conditions légales requises se trouvent réunies, et ceci indépendamment de toute autre sûreté.

Suivant l'article 67 de l'AUPOS, le droit de rétention est la faculté reconnue à un créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur de le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté.

Du point de vue de sa nature, le droit de rétention est une sûreté légale, le législateur ayant entendu assurer une protection spéciale à son bénéficiaire. Sa

³⁶ En ce sens, la CCJA précise que la rétention par le créancier du titre de propriété relatif à un bien appartenant à son débiteur a pour seul but de contraindre ce dernier à honorer sa dette et ne s'inscrit nullement dans le cadre de la réalisation forcée d'un bien gagé. V. CCJA, Arrêt n° 030/2004 du 4 novembre 2004, affaire Sté de gestion ivoirienne de transport maritime et aérien dite GITNA c/Sté africaine de matières exportables dite SAMEX, Juridata n° J. O. 30-11-2004

finalité est de créer de la gêne ou un préjudice au débiteur afin de l'amener à payer coûte que coûte.

Au regard de son fondement, il y a lieu de signaler que le droit de rétention obéit à des considérations de justice.

Paragraphe 1 : Les conditions du droit de rétention

Pour pouvoir se prévaloir de cette sûreté, le créancier doit être en possession légitime du bien de son débiteur concerné. Les biens retenus doivent être dans le commerce juridique. Ce peut être un objet en dépôt, un objet en réparation ou un objet retenu par un vendeur qui entend être payé avant de délivrer. Dans tous les cas, il ne doit pas s'agir d'une possession ou d'une détention illicite, frauduleuse ou qui résulte d'une voie de fait. La détention suppose une maîtrise matérielle sur la chose. Il doit s'agir d'une chose mobilière³⁷.

³⁷ CROCQ (Pierre) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du droit des sûretés de*

En dehors de la légitimité de la détention, la loi subordonne l'exercice du droit de rétention à trois conditions essentielles liées à la disponibilité du bien, la nature de la créance, le lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention du bien.

A- Un Bien disponible

Le bien détenu et qui va être retenu ne doit pas avoir fait l'objet d'une saisie, celle-ci rendant le bien indisponible. Si une saisie a déjà été pratiquée sur ce bien, son détenteur ne peut que se joindre à cette saisie par voie d'opposition.

B- Nature de la créance

La créance pour laquelle le droit de rétention est exercé doit être certaine, liquide et exigible. Si le rétenteur n'a qu'une créance hypothétique, il n'y a pas lieu à rétention. Le créancier dépourvu d'un titre constatant une créance certaine liquide et exigible ne

l'OHADA, Éditions Lamy, Paris, France, 2012, p. 152, n° 191

aurait exercer un droit de rétention sur le bien de son débiteur.³⁸

C- Lien entre détention du bien et naissance de la créance

Il faut un lien de connexité entre la naissance de la créance et la détention de la chose retenue. Des cas de présomption légale de connexité sont consacrés par le législateur. Il en est ainsi, lorsque :

- la chose retenue a été remise jusqu'au complet paiement de la créance du rétenteur ; il en est ainsi en cas de gage avec dépossession ;
- la créance impayée résulte du contrat qui oblige le rétenteur à livrer la chose retenue ; ainsi, le garagiste peut retenir le véhicule réparé s'il n'a pas été payé du prix de la réparation, le transporteur de marchandises peut les retenir si le prix du transport n'a pas été réglé et le dépositaire retiendra l'objet du

³⁸ CCJA, Arrêt n° 022/2007 du 31 mai 2007, Aff. 1) KINDA Augustin Joseph ; 2) Maître TE BIEGNAND André Marie c/Dame KONE Fatoumata., JURIDATA N° JO22-05/2007

contrat de dépôt si la rémunération convenue ne lui a pas été versée.

- La créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose retenue ; il en est ainsi en ce qui concerne les frais engagés pour assurer la conservation d'un bien objet de gage avec dépossession.

En dehors de ces cas légaux, la connexité est même présumée lorsque les parties entretiennent des relations d'affaires, c'est-à-dire des relations suivies ou régulières de sorte que les différentes opérations deviennent indivisible. On peut citer en exemple les diverses créances d'un garagiste par rapport aux travaux de réparation de divers véhicules d'un même client.

Contrairement à l'article 42 de l'AUPOS, le créancier n'est plus tenu de renoncer à son droit de rétention lorsque le débiteur lui offre une sûreté réelle équivalente. Ce faisant, le législateur assure la protection des intérêts du créancier dans la mesure

où c'est la rétention du bien qui sert de pression sur le débiteur pour le conduire au paiement de la dette.

Paragraphe 2 : Les effets du droit de rétention

L'objectif du droit de rétention est de créer la gêne chez le débiteur, qui se trouve ainsi privé de son bien, afin de l'amener à payer. La finalité de cette institution est donc de garantir le paiement complet de tout ce qui est dû au rétenteur.

Après avoir retenu le bien de son débiteur, deux situations peuvent se présenter :

- soit le débiteur paie et alors son bien lui est restitué ; en vue de cette restitution, la loi a institué à la charge du créancier rétenteur, une obligation de conservation du bien en bon état. Aussi engage-t-il sa responsabilité en cas de détérioration du bien. Toutefois, le créancier peut, sur autorisation de la juridiction compétente, procéder à la vente du bien lorsque son état ou sa nature périssable l'exige ou lorsque les frais occasionnés par sa

garde sont hors de proportion. Dans ce cas, le droit de rétention du créancier se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ;

- soit le débiteur, ne paie pas ; dans ce cas, même si le législateur n'a pas prévu les conséquences de cet incident, le créancier rétenteur pourra faire procéder à la vente forcée du bien afin de se faire payer sur le prix de la vente.

Lorsque le bien retenu par le créancier rétenteur a préalablement fait l'objet d'un gage sans dépossession régulièrement publié, le droit de préférence du créancier gagiste est opposable au créancier rétenteur³⁹. C'est là une limite fondamentale au droit de rétention et qui permet de conclure à son efficacité relative⁴⁰.

³⁹ AUS, art. 107, al. 2.

⁴⁰ Seul le gage avec dépossession confère un droit de rétention au créancier gagiste (Art. 107 al 2). Mais cette supériorité est à relativiser puisqu'en cas de conflit avec un créancier gagiste antérieur sans dépossession, c'est la

Section 2 : La propriété-sûreté

La consécration de la propriété-sûreté est une innovation majeure du législateur OHADA à l'occasion de la réforme de l'AUS en 2010 dans le but d'enrichir les possibilités offertes à un demandeur de crédit, de l'obtenir plus aisément. Les mécanismes utilisés sont de deux sortes : il y a la rétention de la propriété à titre de garantie et la cession de la propriété à titre de garantie.

Paragraphe 1 : La propriété retenue à titre de garantie

Cette garantie découle de la stipulation d'une clause de réserve de propriété dans un contrat qui devrait

règle prior tempore, protior jure qui devra être appliquée. Le droit de rétention du créancier postérieur se trouvera paralysé et la préférence sera donnée au créancier le plus ancien, pourvu qu'il ait régulièrement publié son droit de gage, le rendant ainsi opposable aux tiers et, notamment, au créancier rétenteur postérieur. CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés : la réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Éditions Lamy, Paris, France, 2012, n° 272.

emporter le transfert de propriété⁴¹ : on parle alors de propriété réservée. Par l'effet de cette clause, le transfert de la propriété du bien est suspendu jusqu'à l'exécution complète de l'obligation qui en constitue la contrepartie.

A- Les conditions de la réserve de propriété

La clause de réserve de propriété doit être convenue par écrit au plus tard au jour de la livraison du bien ; à défaut, la sanction encourue est la nullité de sorte que ladite clause ne peut produire effet. Elle peut être contenue dans l'écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties. Pour être opposable aux tiers, elle doit être régulièrement publiée au RCCM⁴².

Lorsque la réserve de propriété concerne des corps certains, le droit du créancier ne peut s'exercer que

⁴¹ C'est le cas de la vente (vente avec clause de réserve de propriété) ou de l'échange (contrat d'échange assorti d'une clause de réserve de propriété).

⁴² En droit français, en matière de réserve de propriété, la publicité est facultative. CROCQ (Pierre) op. cit., p.169, n° 214.

sur les biens concernés. En revanche, si elle porte sur des choses fongibles, elle s'exerce sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte.

Lorsque la chose réservée est incorporée dans un autre bien, si les deux biens peuvent être séparés sans subir de dommage, le droit de suite du créancier peut s'exercer parfaitement. Dans le cas contraire, le tout appartient au propriétaire de la chose formant la partie principale à charge pour ce dernier de payer à l'autre la valeur de la chose qui y a été unie.

B- Les effets de la réserve de propriété

L'article 77 prévoit qu'à défaut de complet paiement, le propriétaire créancier recouvre son droit de disposer de la chose retenue. Il peut donc en demander restitution si le bien existe encore, ou exercer son droit de propriété sur la créance de son prix en cas d'aliénation.

La restitution se fait à la valeur du bien au moment de la reprise laquelle est imputée au solde de la

créance garantie. Lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence. Il n'est pas permis aux parties de déroger à ces prescriptions car toute clause contraire est réputée non écrite. En cas de destruction du bien, le droit du créancier se reporte sur l'indemnité d'assurance.

Paragraphe 2 : La propriété cédée à titre de garantie

Deux techniques sont règlementées par le législateur :

- la cession de créance à titre de garantie (A)
- le transfert fiduciaire d'une somme d'argent (B).

A- La cession de créance à titre de garantie

Le législateur offre au débiteur la possibilité de céder, en garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, une créance qu'il détient sur un tiers. Il sera envisagé les conditions de validité et d'opposabilité (1) et les effets (2) de la cession de créance à titre de garantie.

1- Les conditions de validité et d'opposabilité

Pour être valable, le bénéficiaire de la cession de créance à titre de garantie doit être obligatoirement un établissement de crédit (banque et établissements financiers) et la cession elle-même doit être constatée dans un écrit comportant certaines mentions obligatoires énumérées à l'article 81 du NAUPOS.

L'écrit doit, lorsque les créances sont futures, permettre leur individualisation ou contenir les éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et s'il y a lieu, leur échéance.

En principe, l'incessibilité de la créance est opposable au cessionnaire. Toutefois, lorsqu'elle est de source conventionnelle et que la créance est née en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé, ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles même si celle-ci n'est pas principale, l'incessibilité de la créance ne peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé.

La cession de créance à titre de garantie prend effet entre les parties contractantes dès sa conclusion indépendamment de la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la ou des créances cédées. Mais pour être opposable aux tiers, il doit être publié au RCCM. Considéré comme un tiers particulier, le débiteur de la créance cédée ne peut se voir opposer la cession que si elle lui a été notifiée ou s'il a été

partie à l'acte ; sinon il peut payer valablement le cédant.

Le débiteur de la créance cédée peut, à la demande du cessionnaire, s'engager à le payer directement en acceptant la cession. Mais il ne peut prendre un tel engagement que s'il est un débiteur professionnel et si son engagement a été constaté par un écrit intitulé « Acte d'acceptation d'une cession de créance à titre de garantie » reproduisant en caractères suffisamment apparents les dispositions de l'article 85⁴³. Dès lors, le débiteur cédé ne peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il peut tirer de ses rapports personnels avec le cédant, sauf si le cessionnaire a délibérément agi contre ses intérêts. Il serait indiqué que le notaire qui formalise une cession de créance à titre de

⁴³ Les dispositions pertinentes de l'article 85 qu'il faudra reproduire sont : « Le débiteur ne peut opposer au cessionnaire les exceptions fondées sur ses rapports personnels avec le cédant, à moins que le cessionnaire, en acquérant ou en recevant la créance, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur ».

garantie prépare systématiquement le formulaire d'acceptation par le débiteur cédé.

2- Les effets de la cession de créance à titre de garantie

Sauf clause contraire, la cession s'étend aux accessoires de la créance et entraîne de plein droit leur transfert au cessionnaire. Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. En cas de surplus, celui-ci est restitué au cédant.

B- Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent

Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent est défini comme la convention en vertu de laquelle un constituant cède des fonds lui appartenant à son créancier à titre de garantie. Lesdits fonds sont alors inscrits au nom du créancier sur un compte bloqué. Au contraire, de la plupart des sûretés réelles mobilières, l'opposabilité du transfert fiduciaire de somme d'argent ne tient pas à son inscription au RCCM, mais dès sa notification à l'établissement

teneur du compte, à condition que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué.

Il s'agit par conséquent d'une sûreté avec dépossession non sans risque pour le constituant.

1- Les Conditions de validité et d'opposabilité

La validité du transfert fiduciaire d'une somme d'argent est liée à l'existence d'un écrit déterminant à peine de nullité, la ou les créances garanties, le montant des fonds cédés à titre de garantie et l'identité du compte bloqué. L'opération ne devient opposable aux tiers qu'à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte pourvu que les fonds soient inscrits sur le compte bloqué.

2- Les effets

Les intérêts éventuellement produits par les fonds cédés sont portés au crédit du compte sauf volonté contraire des parties. Si à l'échéance, la créance garantie est payée, il y a lieu à restitution du solde du compte bloqué au constituant. Dans le cas contraire, le créancier informe le constituant de son intention

de se faire remettre les fonds cédés à titre de garantie. À défaut de réaction de la part du constituant, au bout de huit jours, le créancier peut obtenir du teneur du compte les fonds cédés, mais dans la limite du montant garanti encore impayé.

Section 3 : | Le gage de meubles corporels

Il est défini à l'article 92 de l'AUS comme le « contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs ».

Ainsi, contrairement au régime de l'AUPOS, seuls les meubles corporels peuvent faire désormais l'objet de gage. Il peut s'agir d'un corps certain ou d'une chose de genre, d'un bien présent ou futur dès lors qu'ils sont déterminés.

La dépossession qui suppose un déplacement matériel de la chose était à la fois l'élément caractéristique du gage et son plus gros inconvénient. Elle se traduisait par la remise de l'objet gagé par le

débiteur ou le constituant au créancier, c'était cette dépossession qui faisait dire que le gage est la sûreté la plus rudimentaire que ce soit.

La suppression de la dépossession comme condition du gage emporte comme conséquence qu'il ne s'agit plus d'un contrat réel.

Paragraphe 1 : | La validité et l'opposabilité du gage

L'étude de la validité du gage précédera celle de son opposabilité.

A- La validité du gage

La validité du gage est subordonnée à la réunion de quatre (4) conditions de fond. Ce sont celles de tout contrat auxquelles il faut ajouter les conditions spécifiques prévues par l'AUS. Par ailleurs, une certaine forme doit être observée; l'accord des parties doit être matérialisé par la remise de la chose.

1- Les parties au contrat

Ce contrat met en présence deux personnes : le créancier et le constituant du gage. En ce qui

concerne le créancier gagiste, c'est-à-dire la personne en faveur de laquelle le gage est constitué, il doit avoir la capacité de s'obliger. Or cette capacité est reconnue à tout le monde sauf aux mineurs et aux majeurs incapables.

Le constituant du gage peut être le débiteur lui-même ou un tiers. Il doit avoir la capacité à la fois de s'obliger et d'aliéner. Il doit donc être propriétaire du bien ou titulaire de la créance à gager. Lorsque le constituant du gage n'est pas propriétaire de la chose gagée, le véritable propriétaire a la possibilité de revendiquer son bien. Mais cette action peut être mise en échec par le créancier gagiste, possesseur de bonne foi.

2- La créance garantie

La créance garantie est la créance au paiement de laquelle le gage a été affecté. C'est cette créance qui fonde le gage. Cette créance ne doit pas nécessairement exister lors de la conclusion du contrat de gage. En effet, le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes

ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables.

3- L'objet du gage

Tous les biens meubles corporels qui sont dans le commerce sont susceptibles de gage, qu'il s'agisse de corps certain ou de choses de genre, de biens consommables ou non. Le gage peut en particulier porter sur « des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personne » pour garantir les préjudices ou abus qu'ils peuvent causer dans l'exercice de leurs fonctions.

4- Les modalités du gage

Le gage peut être constitué sans dépossession. Alors, le bien gagé reste entre les mains du constituant, c'est-à-dire qu'il demeure sous l'emprise du constituant. Mais le gage peut également être constitué avec dépossession. Dans ce cas, le bien objet du gage est remis soit au créancier gagiste soit à un tiers convenu.

5- La forme du contrat

Pour ce qui est de la forme du gage, qu'il s'agisse de gage avec ou sans dépossession, un écrit est nécessaire pour sa validité. Le législateur qui entend éliminer tout risque de conflit quant à l'existence ou non du gage a prescrit à l'article 96, alinéa 1^{er}, cette formalité « à peine de nullité ». Mais cette disposition n'exige aucune forme particulière pour l'écrit. Il peut donc s'agir d'un acte sous seing privé ou authentique. Par contre, le contenu de l'écrit doit nécessairement indiquer la dette garantie, décrire les biens mis en gage dans leur espèce, nature et quantité.

B- L'opposabilité du gage

L'opposabilité du gage dépend de la nature du gage réalisé. Lorsque le gage a été consenti sans dépossession, il n'est opposable aux tiers que s'il a fait l'objet d'une inscription au RCCM. Une fois cette formalité accomplie, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent être considérés comme des possesseurs de bonne foi du bien gagé de sorte que le créancier peut toujours exercer son droit

de suite sur le bien. Le gage avec dépossession n'est opposable aux tiers que si la dépossession a été effective.

Paragraphe 2 : Les effets du gage

L'examen des effets du gage s'analysera tant à l'égard du créancier gagiste que du constituant du gage.

A- À l'égard du créancier gagiste

Sur le créancier gagiste, la loi fait peser des obligations en même temps qu'elle lui octroie des prérogatives.

1- Les obligations du créancier gagiste

La loi fait peser sur le créancier gagiste, deux obligations fondamentales liées au transfert de la garde de la chose opérée en sa faveur.

a- L'obligation de conservation

Le créancier a l'obligation de conserver la chose à lui remise dans l'hypothèse du gage avec dépossession. Il ne doit donc en aucun cas s'en servir ni en profiter

de quelque manière que ce soit : il lui est interdit d'en percevoir les fruits à moins que les parties le prévoient.

En conséquence, simple gardien, il veille sur la chose dans les mêmes conditions qu'un dépositaire rémunéré, de sorte que toute négligence entraînant destruction ou dégradation serait source de responsabilité pour lui. Cette responsabilité s'applique, à l'évidence, au tiers convenu et s'étend à l'acquéreur de la chose engagée, si cet acquéreur est de mauvaise foi. La loi les rend solidaires du créancier gagiste. Cela implique qu'il doit apporter tous les soins d'un bon père de famille tendant à la conservation de la chose. En cas de non-respect de cette obligation, le constituant est en droit d'exiger la restitution du gage.

b- L'obligation de restitution

Le créancier a l'obligation de restituer le bien gagé. Cette obligation est la conséquence de l'obligation précédente. Elle ne s'impose que si le créancier est intégralement payé. Ainsi, l'obligation de restitution

ne naît qu'au moment de l'extinction de la dette en garantie de laquelle le bien gagé ? À cet égard, le législateur a consacré le principe d'indivisibilité du gage. Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette envers les héritiers du débiteur ou du créancier. Ainsi, il n'est pas permis à l'héritier qui a payé sa part de dette d'exiger la restitution de sa portion dans l'objet gagé. Inversement, l'héritier du créancier gagiste ayant reçu sa part de la créance ne peut se dessaisir au détriment de ses cohéritiers. Il en est ainsi alors même que l'objet gagé est susceptible de division de par sa nature. L'objet engagé ne sera donc pas libéré tant que tous les héritiers n'auront pas payé leur quote-part.

La chose mise en gage doit être restituée avec tous ses accessoires. S'il s'agit d'un bien consommable ou fongible, la restitution devra se faire sur une quantité égale de la chose équivalente, évaluée au jour du paiement.

La restitution anticipée du bien gagé a pour conséquence la caducité du gage et donc la perte de la garantie.

L'action en restitution se prescrit par trente (30) ans à compter de l'extinction de la dette. Si le propriétaire laisse passer ce délai de trente ans alors que la dette garantie est éteinte depuis, alors son action est irrecevable.

2- Les prérogatives du créancier gagiste

Le créancier dispose du droit de rétention (a), de revendication (b), de faire vendre le bien (c), de préférence (d) et le droit d'attribution (e).

a- Le droit de rétention

Lorsque le gage est consenti avec dépossession, le créancier a sur la chose mise en gage un droit de rétention qu'il peut exercer jusqu'au paiement de tout ce qui lui est dû.

Le droit de rétention est opposable à tous ceux qui prétendent prendre ou reprendre la chose avant

paiement intégral : le constituant, le tiers convenu, l'acquéreur éventuel de la chose ou le vrai propriétaire, ainsi que les créanciers chirographaires.

Ce droit est indivisible. C'est la traduction de ce que le gage est indivisible. Le débiteur ne peut réclamer une partie de la chose avant d'avoir payé la dette en principal, intérêts et accessoires. Il ne peut en être autrement que si le créancier n'accomplit pas correctement son obligation de conservation.

b- Le droit de revendication

Le créancier a, en cas de dessaisissement involontaire, un droit de revendication qu'il peut exercer comme un possesseur de bonne foi. Le créancier peut également réclamer le bien au tiers acquéreur. En cas de vol, l'action doit être exercée dans un délai de trente ans.

c- Le droit de faire vendre le bien

L'obligation de conserver la chose mise en gage et le droit de la retenir sont des situations précaires qui ne sauraient se prolonger indéfiniment. Le créancier qui

n'a pas été payé a le droit de faire vendre le bien en respectant les procédures de l'exécution forcée⁴⁴. Cette possibilité de vente forcée requiert un titre exécutoire. C'est là que réside l'intérêt du gage consenti par acte authentique.

d- Le droit de préférence

En cas de vente, le créancier jouit d'un droit de préférence empêchant d'autres créanciers du débiteur de concourir avec lui sur la valeur du gage. Le créancier gagiste se fait payer par préférence aux autres créanciers. Le droit de préférence du créancier est reporté le cas échéant sur l'indemnité d'assurance. En cas de pluralité de créanciers gagistes (hypothèse de gages successifs), la date d'inscription (gage sans dépossession) et/ou de dépossession (gage avec dépossession) permet de déterminer les rangs des

⁴⁴ V. AUS, art. 104, al. 1^{er} renvoyant aux dispositions organisant les voies d'exécution. V. art. 91 et s. de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant Organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

divers créanciers selon les dispositions de l'article 107 de l'AUS.

e- Le droit d'attribution du bien

Le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation garantie, a le droit de se faire attribuer le gage soit par voie judiciaire, soit par voie conventionnelle

En cas d'attribution judiciaire, la valeur du bien est fixée par un expert. L'autorisation du juge est indispensable et lorsqu'elle est accordée, elle opère transfert de propriété.

Dans le cas de l'attribution conventionnelle, une simple stipulation du contrat de gage suffit pour que le débiteur, en cas de défaillance, soit dépossédé du bien gagé au profit du créancier. L'article 104 n'accorde ce privilège que pour les gages portant sur des sommes d'argent ou des biens faisant l'objet de cotation officielle et pour des gages consentis par des débiteurs professionnels.

B- À l'égard du constituant

Comme obligation principale, l'article 113 de l'AUS impose au constituant du gage de tenir compte au créancier gagiste des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage. Autrement dit, le débiteur a vis-à-vis du créancier gagiste l'obligation de lui rembourser toutes les dépenses que ce dernier a dû engager pour conserver le bien. Et ce remboursement est dû au créancier, même dans l'hypothèse où le bien a péri. Cependant, comme il est de principe, seules les dépenses utiles, c'est-à-dire nécessaires engagent le débiteur. Lorsqu'elles dépassent le cadre de ce qui était strictement nécessaire, alors, il y a dépenses somptuaires. Et les dépenses somptuaires ou voluptuaires ne donnent lieu à remboursement que si elles ont été faites avec l'accord du propriétaire, ici le constituant.

Comme prérogative, on retiendra le droit de reprise de son bien, conséquence de l'obligation de restitution pesant sur le créancier.

Paragraphe 3 : L'extinction du gage

En tant que contrat, le gage est appelé à disparaître. L'extinction peut intervenir par voie accessoire ou par voie principale.

A- L'extinction par voie accessoire

N'étant que l'accessoire d'un contrat principal, le gage s'éteint dès lors que ce principal disparaît. Les causes de disparition du contrat principal sont diverses : paiement (le débiteur principal a payé sa dette), compensation (la dette du débiteur principal s'est compensée avec une créance que lui-même détient sur son créancier), annulation, résolution du contrat, etc. Ainsi, l'extinction de la créance principale entraîne l'extinction *de plano* du gage.

Il est à observer que le gage étant indivisible, son extinction n'intervient que si la créance garantie est totalement éteinte.

B- L'extinction par voie principale

Le gage s'éteint par voie principale lorsqu'il disparaît alors que la créance garantie subsiste. Le débiteur

principal reste ainsi dans les liens de son obligation vis-à-vis du créancier. C'est le cas lorsque le créancier renonce au gage ou restitue volontairement la chose au constituant.

Il en est de même si le bien mis en gage est perdu ou détruit sauf si une indemnité est servie au constituant en remplacement et dans ce cas, il y a report du gage sur ladite indemnité, ce qui entraîne une subrogation réelle.

Le gage peut aussi disparaître lorsque le créancier manque à son obligation de conservation, ce qui signifie que le tribunal prononce contre lui la déchéance.

Paragraphe 4 : | Les gages spéciaux

Deux types de meubles corporels ont fait l'objet de la part du législateur d'un régime spécial quant à leur affectation en gage, en plus de la soumission au droit commun des gages. Il s'agit d'abord du matériel professionnel et des véhicules automobiles et des stocks.

A- Le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles

S'agissant du matériel professionnel, il peut être détaché du fonds de commerce auquel il se rattache pour être affecté en gage séparément. L'article 118, al. 2 indique qu'il peut être nanti avec le fonds de commerce lui-même. Le conflit éventuel entre le créancier gagiste et un créancier nanti se règle par le rang des inscriptions au RCCM.

Le gage sur les véhicules automobiles est soumis à une formalité supplémentaire, celle de sa mention sur le titre administratif portant autorisation de circuler et immatriculation, mais le non-respect de cette formalité n'entraîne pas l'annulation ou l'inopposabilité du gage, dès lors que l'inscription a été régulièrement prise au RCCM.

B- Le gage de stocks

L'assiette du gage est un stock de matières premières, de produits agricoles, de produits industriels ou de marchandises. Lorsque le gage sans dépossession donne lieu à émission par le greffier d'un bordereau

il y a lieu de compléter les mentions figurant à l'acte constitutif du gage avec celles relatives à la dénomination de l'assureur et de l'établissement domiciliataire du bordereau.

Ce bordereau a une validité qui s'étend sur cinq ans sauf clause contraire. Ce bordereau peut être endossé comme un billet à ordre, le porteur revêtant du coup la qualité de créancier gagiste. Le débiteur qui a émis le bordereau de gage de stocks conserve le droit de les vendre sous réserve d'en consigner le prix auprès de l'établissement domiciliataire.

Section 4 : | Les nantissements de meubles incorporels

Le nantissement de meubles incorporels (ci-après dénommé nantissement) consiste en l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables.

Les meubles incorporels qui peuvent faire l'objet de nantissement sont les créances, le compte bancaire, les droits d'associés et valeurs mobilières, le compte de titres financiers, les droits de propriété intellectuelle et le fonds de commerce.

Paragraphe 1 : | Le nantissement de créance

Le nantissement de créance est l'affectation d'une créance ou d'un ensemble de créances, présentes ou futures (créance nantie), en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures (créance garantie), à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables. Il peut être convenu par les parties ou imposé par le juge. Il peut porter sur une fraction de créance à condition que la créance ne soit pas indivisible. Il s'étend aux accessoires de la créance sauf convention contraire des parties.

A- Les règles de validité et d'opposabilité du nantissement

S'agissant de la validité, l'article 127 du NAUPOS dispose que le nantissement de créance doit être constaté dans un écrit comportant la désignation des

créances garanties et des créances nanties. Au cas où l'une de ces créances est future, l'écrit doit contenir les éléments de nature à permettre son individualisation⁴⁵. À défaut de l'écrit comportant les mentions requises, le nantissement encourt nullité. Il convient de souligner que le créancier nanti peut être toute personne physique ou morale contrairement au cessionnaire qui ne peut être qu'une personne morale.

En ce qui concerne l'opposabilité, il y a lieu de distinguer, d'une part, l'opposabilité aux tiers et, d'autre part, l'opposabilité au débiteur de la créance nantie considéré comme un tiers particulier. L'opposabilité aux tiers tient à l'inscription du nantissement de créance au Registre du commerce et du crédit mobilier. Il en est ainsi, quelles que soient la loi applicable à la créance et la loi du pays de résidence de son débiteur. Le débiteur de la créance nantie ne peut se voir opposer le nantissement de

⁴⁵ Il s'agit des éléments tels que l'indication du débiteur, le lieu du paiement, le montant des créances ou leur évaluation et leur échéance.

créance que si l'acte lui a été notifié par écrit ou s'il est lui-même intervenu à l'acte.

Lorsque ces formalités d'opposabilité ne sont pas accomplies, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. Il lui reviendra de verser le montant perçu au créancier nanti sauf si les parties conviennent autrement.

B- Les effets du nantissement de créance

Lorsque le nantissement est conclu et les formalités d'opposabilité sont accomplies, le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance nantie tant en capital qu'intérêts et autres accessoires même si le paiement a été poursuivi par un tiers.

En fonction de l'échéance de la créance nantie et de la créance garantie, les modalités de paiement divergent.

Si l'échéance de la créance nantie est antérieure à l'échéance de la créance garantie, le créancier nanti conserve les sommes à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à

les recevoir, à charge pour lui de les restituer au constituant si l'obligation garantie est exécutée. En cas de défaillance du débiteur de la créance garantie et huit jours après une mise en demeure restée sans effet, le créancier nanti affecte les fonds au remboursement de sa créance, dans la limite des sommes impayées.

Si l'échéance de la créance garantie est antérieure à l'échéance de la créance nantie, le créancier peut se faire attribuer, par la juridiction compétente ou dans les conditions prévues par la convention, la créance nantie ainsi que tous les droits qui s'y rattachent. Le créancier nanti peut également attendre l'échéance de la créance nantie.

Si le montant versé au créancier nanti est supérieur à la dette garantie, ce dernier répond du surplus perçu en qualité de mandataire du constituant. La convention des parties ne peut en décider autrement.

Paragraphe 2 : Le nantissement de compte bancaire

Le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance. Ici, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif au jour de la réalisation du nantissement ou le solde créditeur du compte au jour de l'ouverture d'une procédure collective, le cas échéant, sous réserve de la régularisation des opérations en cours⁴⁶.

Le régime juridique applicable au nantissement de compte bancaire est celui du nantissement de créance sous réserve de quelques dispositions particulières. Généralement, le compte nanti est bloqué et le constituant ne peut y effectuer que des dépôts ; ce qui offre au créancier une plus grande garantie de solvabilité. Mais il est loisible aux parties d'envisager la possibilité pour le constituant de disposer des

⁴⁶ Cette régularisation est faite conformément aux modalités prévues par l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution en matière de saisie-attribution des créances pratiquées entre les mains d'un établissement de crédit.

sommes inscrites sur le compte nanti dans les conditions qu'elles prévoient. Dans ce cadre, il est souvent fait obligation au constituant de laisser un montant minimum sur le compte.

Le nantissement de compte bancaire subsiste, même après réalisation, tant que le compte n'a pas été clôturé et que la créance garantie n'a pas été intégralement payée.

Paragraphe 3 : | Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières

Les droits d'associés et valeurs mobilières dont il s'agit sont ceux des sociétés commerciales et ceux cessibles de toute autre personne morale assujettie au RCCM. Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières est soit convenu par les parties, soit imposé par le juge. Dans ce dernier cas la juridiction compétente autorise le créancier à prendre une inscription de nantissement sur les droits d'associés et valeurs mobilières. Ce sont alors les règles relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux contenues dans l'Acte uniforme portant

organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution qui s'appliquent.

A- Les conditions de validité et d'opposabilité

Pour être valable, la convention des parties ou la décision de justice doit, sous peine de nullité, contenir les mentions obligatoires suivantes :

- la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ;
- le siège social et le numéro d'immatriculation au Registre du commerce et du crédit mobilier de la personne morale émettrice des droits d'associés et valeurs mobilières ;
- le nombre ou le moyen de déterminer celui-ci et, le cas échéant, les numéros des titres nantis ;
- les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance.

L'opposabilité du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières, qu'il soit de source conventionnelle ou judiciaire, est subordonnée à l'inscription de la sûreté au RCCM. Cette inscription est double, s'agissant du nantissement judiciaire. La première, provisoire, est prise après la décision autorisant le nantissement et la seconde, définitive, est prise après la décision de validation passée en force de chose jugée. Il n'est pas nécessaire de signifier ou de notifier le nantissement à la personne morale émettrice des droits d'associés et valeurs mobilières ou des titres constatant les droits des associés.

B- Les effets du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières

Le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières confère au créancier :

- un droit de suite opposable même aux ayants cause à titre particulier du constituant⁴⁷ ;

⁴⁷ cf. lecture combinée des articles 144 et 97, alinéa 2 de l'AUS.

- un droit de réalisation⁴⁸ ;
- un droit de préférence⁴⁹ ;
- le droit de percevoir les fruits des droits sociaux et des valeurs mobilières nantis si les parties en sont convenues.

Paragraphe 4 : | Le nantissement de comptes de titres financiers

Le nantissement d'un compte de titres financiers est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble des valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans ce compte.

L'assiette du nantissement, sa validité et son opposabilité ainsi que les effets qu'il produit seront examinés successivement.

⁴⁸ Ce droit est exercé conformément aux dispositions des articles 104 et 105 du présent Acte uniforme.

⁴⁹ L'exercice de ce droit est réglementé par l'article 226 de l'AUS.

A- L'assiette du nantissement

L'assiette du nantissement est constituée des titres figurant initialement au crédit du compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent ainsi que leurs fruits et produits de même que les titres financiers et les sommes en toute monnaie inscrites au crédit du compte nanti postérieurement à la date de la déclaration constitutive du nantissement, ceux-ci étant réputés avoir été remis à la date de ladite déclaration.

Le compte nanti prend la forme d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier. Le créancier nanti et le titulaire du compte décident librement des conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des titres financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans ce compte. Si le compte n'est pas tenu par le créancier, le teneur du compte doit être informé desdites conditions. Il doit se conformer aux instructions reçues et ne peut y déroger sans l'accord du créancier nanti.

Lorsque le compte est tenu par une personne non autorisée à recevoir des fonds du public, les fruits et produits des titres financiers figurant initialement au crédit du compte nanti et de ceux qui leur sont substitués ou les complètent sont inscrits au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du titulaire du compte nanti dans les livres d'un établissement habilité à recevoir des fonds du public. Ce compte spécial est réputé faire partie intégrante du compte nanti à la date de la déclaration de nantissement.

Le créancier nanti peut obtenir du teneur du compte nanti l'inventaire des titres financiers et sommes en toute monnaie inscrites au crédit du compte. Il peut également obtenir du teneur du compte spécial l'inventaire des sommes en toute monnaie inscrites au crédit de ce compte. Il doit alors en faire la demande aux personnes concernées qui lui délivrent une attestation⁵⁰.

⁵⁰ AUS, art. 148, al. 3 ; art. 150, al. 3.

B- La validité et l'opposabilité

Une formalité unique assure la validité et l'opposabilité du nantissement de comptes de titres financiers. Il s'agit de la déclaration datée et signée par le titulaire du compte et dont les mentions obligatoires sont légalement fixées. Elles se présentent comme suit :

- 1- la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement ;
- 2- le nombre et la nature des titres financiers formant l'assiette initiale du nantissement ;
- 3- les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance ;
- 4- les éléments d'identification du compte spécial nanti.

La sanction du non-respect de ces mentions obligatoires est la nullité de la déclaration.

C- Les effets

Le nantissement du compte de titres financiers confère au créancier le droit de rétention sur les titres financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte nanti⁵¹.

Le créancier a également le droit de réalisation. Ce droit ne peut être exercé, lorsque la créance est certaine, liquide et exigible, que huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte, après mise en demeure du débiteur dans les formes prévues⁵². Cette mise en demeure du débiteur est aussi notifiée au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti. La mise en demeure doit reproduire intégralement les mentions suivantes :

1 °) « Faute de paiement, le nantissement pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à

⁵¹ AUS, art. 151.

⁵² La mise en demeure peut être remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé.

l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte nanti » ;

2 °) « Le titulaire du compte nanti peut, jusqu'à l'expiration du délai mentionné ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou titres financiers devront être attribués en pleine propriété ou vendus, au choix du créancier » ; à défaut, la mise en demeure est nulle.

La réalisation du nantissement du compte de titres financiers procède par transfert en pleine propriété au créancier nanti des sommes en toute monnaie figurant sur le compte nanti et par vente sur un marché réglementé, ou attribution en propriété des titres financiers admis aux négociations sur un marché réglementé⁵³. Lorsque le compte n'est pas tenu par le créancier nanti, celui-ci demande au teneur du compte de procéder à la réalisation de la sûreté. Les frais résultant de la réalisation du nantissement sont supportés par le titulaire du

⁵³ V. AUS, art. 154.

compte nanti. Ils sont alors imputés sur le montant de cette réalisation.

Paragraphe 5 : | Le nantissement des droits de propriété intellectuelle

Le nantissement des droits de propriété intellectuelle est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie de l'exécution d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles. Dans le silence des parties, la sûreté ne s'étend pas aux accessoires et aux fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle objet du nantissement. Le nantissement des droits de propriété intellectuelle peut être convenu entre les parties ou décidé par la juridiction compétente⁵⁴.

⁵⁴ Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

A- Validité et opposabilité

Pour être valable, la convention des parties ou la décision de justice doit, sous peine de nullité de l'acte, contenir les mentions obligatoires suivantes :

1 °) la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ;

2 °) les éléments identifiant ou permettant de déterminer les droits apportés en garantie ;

3 °) les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance.

Le nantissement des droits de propriété intellectuelle, qu'il soit conventionnel ou judiciaire, n'est opposable aux tiers que s'il a fait l'objet d'une inscription au RCCM. Particulièrement en ce qui concerne le nantissement judiciaire, une inscription provisoire est prise après la décision autorisant le nantissement et l'inscription définitive est prise après la décision de validation passée en force de chose jugée. Lorsque le droit de propriété intellectuelle objet du

nantissement est inscrit sur l'un des registres régis par la réglementation applicable en matière de propriété intellectuelle, les règles de publicité prévue par cette réglementation doivent être également observées.

B- Les effets

Le nantissement des droits de propriété intellectuelle confère au créancier :

- un droit de suite opposable même aux ayants cause à titre particulier du constituant⁵⁵ ;
- un droit de réalisation en vertu duquel il peut procéder soit à une vente forcée, soit à une attribution judiciaire ou à une attribution conventionnelle⁵⁶ ;

⁵⁵ cf. lecture combinée des articles 97, alinéa 2 et 144 de l'AUS.

⁵⁶ Ce droit est exercé conformément aux dispositions des articles 104 et 105 du présent Acte uniforme.

- un droit de préférence qu'il exerce suivant l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles⁵⁷ ;

Paragraphe 6 : Le nantissement du fonds de commerce

Le nantissement du fonds de commerce est la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, les éléments incorporels constitutifs du fonds de commerce à savoir la clientèle et l'enseigne ou le nom commercial.

On déduit de la définition du nantissement du fonds de commerce que la clientèle, l'enseigne ou le nom commercial sont les éléments sur lesquels porte obligatoirement le nantissement du fonds de commerce. Mais les autres éléments incorporels du fonds du commerce de même que le matériel professionnel peuvent aussi faire l'objet de nantissement. Une clause spéciale de la convention des parties les désignera et une mention particulière

⁵⁷ AUS, art. 226.

doit être portée à cet égard au RCCM. Par contre, les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité foncière⁵⁸ sont exclus de l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Lorsque le nantissement porte sur un fonds de commerce et ses succursales, il y a lieu d'indiquer de façon très précise le siège de chacune d'elles.

Le nantissement du fonds de commerce est soit conventionnel soit judiciaire⁵⁹.

A- La validité et l'opposabilité

Le nantissement du fonds de commerce doit être constaté, à peine de nullité, dans un écrit contenant les mentions suivantes :

⁵⁸ C'est le cas du bail à construction, du bail emphytéotique, du droit de propriété, etc.

⁵⁹ Le nantissement judiciaire est régi par les dispositions relatives à la saisie conservatoire des titres sociaux prévues dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

1 °) la désignation du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci n'est pas le débiteur ;

2 °) la désignation précise et le siège du fonds et, s'il y a lieu, de ses succursales ;

3 °) les éléments du fonds nanti ;

4 °) les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance.

En cas de nantissement judiciaire, la décision de justice autorisant le créancier à prendre une inscription de nantissement sur le fonds de commerce de son débiteur doit comporter ces mêmes mentions obligatoires.

L'opposabilité aux tiers du nantissement du fonds de commerce est assurée lorsque celui-ci est inscrit au RCCM. L'inscription se fait en deux temps en cas de nantissement judiciaire : une inscription provisoire qui doit être faite après la décision autorisant le

nantissement et une inscription définitive qui doit être prise après la décision de validation passée en force de chose jugée.

Lorsque le nantissement conventionnel ou judiciaire porte sur des brevets d'invention, marque de fabrique, de service et de commerce, des dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle ainsi que sur le matériel professionnel, outre l'inscription de la sûreté au RCCM, il doit être satisfait aux règles de publicité prévues pour les actes affectant la propriété des droits de propriété intellectuelle et aux règles relatives au nantissement du matériel faisant partie d'un fonds de commerce. Lorsque le fonds faisant l'objet d'un nantissement comprend une ou des succursales, l'inscription doit être prise au RCCM où est principalement immatriculé le fonds.

Lorsque le fonds nanti est exploité dans un immeuble loué, le bailleur doit recevoir notification du bordereau d'inscription ou de la modification de l'inscription initiale. L'accomplissement de cette

formalité oblige le bailleur, dès lors qu'il envisage de résilier le bail, à notifier au créancier nanti par acte extrajudiciaire sa demande de résiliation et ce n'est qu'après un délai de deux mois suivants cette notification que la résiliation peut être effective⁶⁰.

B- Les effets

Le créancier nanti bénéficie de :

- 1- un droit à l'information en cas de déplacement du fonds : le propriétaire du fonds doit, avant tout déplacement de celui-ci, notifier au créancier nanti quinze jours au moins à l'avance, par acte extrajudiciaire, son intention de déplacer le fonds en indiquant le nouvel emplacement qu'il entend lui fixer. Le débiteur est déchu du terme dès lors qu'il y a déplacement du fonds sans notification régulière. Le créancier peut refuser de consentir au déplacement. Il dispose alors d'un délai de quinze jours suivant la

⁶⁰ AUS, art. 176.

notification pour demander la déchéance du terme, à condition de justifier d'une diminution de sa sûreté. Le créancier qui a consenti au déplacement conserve sa sûreté, à condition de faire mentionner, dans les quinze jours suivant la notification, son accord en marge de l'inscription initiale. En cas de transfert du fonds dans un autre État partie, le créancier nanti peut demander le report de l'inscription initiale sur le registre du RCCM où est transféré le fonds.

- 2- Un droit de suite, opposable même aux ayants cause à titre particulier du constituant⁶¹ ;
- 3- un droit de réalisation en vertu duquel il ne peut procéder qu'à la vente forcée du fonds⁶² ; en cas de réalisation du fonds, les créanciers chirographaires peuvent obtenir en justice la déchéance du terme de leurs créances pour concourir à la distribution du prix ;

⁶¹ cf. lecture combinée des articles 144 et 97, alinéa 2 de l'AUS.

⁶² V. AUS, art. 104, al. 1^{er}.

- 4- un droit de préférence qu'il exerce conformément à l'article 226 AUS organisant l'ordre de distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles ;
- 5- un droit de surenchère : le créancier nanti peut, dans le mois de la publication de la vente dans un journal habilité à publier les annonces légales, former une surenchère du sixième du prix du fonds de commerce figurant à l'acte de vente⁶³.

Chapitre II : Les sûretés immobilières : les hypothèques

⁶³ AUDCG, Art. 163.

L'antichrèse était avec l'hypothèque, les sûretés réelles immobilières du Code civil, mais l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des sûretés n'a consacré que l'hypothèque. L'hypothèque est un droit réel accessoire à une créance et portant en principe sur les immeubles. L'article 190 de l'AUS la définit comme « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables ».

Il en existe de trois sortes :

- l'hypothèque forcée légale ;
- l'hypothèque conventionnelle ;
- l'hypothèque forcée judiciaire.

C'est l'ordre de l'article 190 bien que l'hypothèque conventionnelle soit de loin, la plus pratiquée. Ces trois différentes sortes d'hypothèques se distinguent l'une de l'autre par leur fondement, leurs conditions et les formalités auxquelles elles donnent lieu. L'AUS

a reformé la matière en opposant l'hypothèque conventionnelle (dont le régime constitue le droit commun) à l'hypothèque forcée⁶⁴.

L'hypothèque, qu'elle soit conventionnelle ou forcée, ne peut porter que sur des immeubles présents et immatriculés. Il s'agit :

- 1- des fonds bâtis, ou non bâtis et leurs améliorations ou constructions survenues, à l'exclusion des meubles qui en constituent l'accessoire ;
- 2- des droits réels immobiliers régulièrement inscrits. Lorsque le droit réel immobilier est affecté de condition, résolution ou rescision régulièrement publiée, l'hypothèque consentie en est de même affectée.

Notons que les droits d'usage et d'habitation qui sont incessibles ne peuvent être hypothéqués, compte tenu de leur finalité : assurer le logement du

⁶⁴ AUS, art. 191.

bénéficiaire. La servitude ne peut non plus faire l'objet d'hypothèque puisqu'elle ne peut être séparée du fonds dominant. Exceptionnellement, l'hypothèque peut porter sur des meubles, mais alors il s'agit des meubles de très grande valeur (navire, aéronefs...). À cet égard, il convient de relever que le régime juridique d'une telle hypothèque fait l'objet de législation particulière⁶⁵.

Le législateur a consacré le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque en disposant que : « l'hypothèque est indivisible par nature et subsiste totalement sur les immeubles affectés jusqu'à complet paiement et malgré la survenance d'une succession ».

L'hypothèque peut aujourd'hui porter sur des immeubles à venir. Ainsi, après avoir posé le principe selon lequel l'hypothèque ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit, le législateur a réservé trois hypothèses dans lesquelles l'hypothèque

⁶⁵ AUS, art. 4, al. 4.

peut être consentie sur des immeubles à venir⁶⁶.
Ainsi :

- celui qui ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qui n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition ;
- celui dont l'immeuble présent assujetti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance peut consentir que chacun de ceux qu'il acquerra par la suite sera affecté au paiement de celle-ci au fur et à mesure de leur acquisition, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement ;

⁶⁶ V. en ce sens, C. civ., art. 2420. L'objectif est de faciliter l'accès au crédit.

- celui qui possède un droit réel lui permettant de construire à son profit sur le fonds d'autrui, sur le domaine public ou sur le domaine national peut hypothéquer les bâtiments et ouvrages dont la construction est commencée ou simplement projetée. En cas de destruction de ceux-ci, l'hypothèque est reportée de plein droit sur les nouvelles constructions édifiées au même endroit.

L'hypothèque peut également porter sur un bien indivis dans les conditions de l'article 194. Plusieurs hypothèses ont été envisagées par cette disposition dont l'objectif est de rendre l'hypothèque plus attractive. Il s'agit des cas où :

- l'hypothèque a été consentie par tous les indivisaires : elle conserve plein et entier effet, quel que soit le résultat du partage ;
- l'hypothèque a été consentie par un indivisaire : elle demeure valable si l'immeuble ou son prix de licitation tombe dans le lot de celui-ci ;

- l'hypothèque a été consentie sur une quote-part dans un ou plusieurs immeubles indivis : elle ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti du ou de ces immeubles indivis ; elle le conserva alors dans toute la mesure de cet allotissement, sans être limitée à la quote-part qui appartenait à l'indivisaire qui l'a consentie ; lorsque l'immeuble est licité à un tiers, elle le conserve également si cet indivisaire est alloti du prix de licitation.

Section 1 : | L'hypothèque conventionnelle

Elle résulte d'un contrat passé par le propriétaire d'un immeuble avec un créancier, en vertu duquel l'immeuble est affecté à la garantie du paiement de sa dette ou de celle d'un tiers.

Paragraphe 1 : | Les règles de forme

De tout temps, l'hypothèque a toujours été un acte formaliste parce que grave. L'acte constitutif d'hypothèque conventionnelle doit être dressé en la forme écrite, authentique ou sous seing privé selon la

loi nationale du lieu de situation de l'immeuble. La solennité attachée à l'écrit se justifie par nécessité d'informer le constituant de la portée et de la gravité de l'acte qu'il prend et qui peut entraîner la vente du bien en cas de non-paiement.

Au cas où l'acte est reçu par-devant notaire, celui-ci ne doit pas avoir un intérêt personnel à l'acte et devient garant de la validité et de l'efficacité de l'hypothèque. L'acte notarié étant revêtu de la formule exécutoire, il évite d'avoir à engager un procès ou une instance, lors de la mise en œuvre de la garantie, c'est-à-dire de la réalisation. Enfin, cet acte est sujet à publicité foncière et ainsi, l'intervention du notaire est indispensable en aval.

Si le constituant a donné à autrui le pouvoir de consentir par acte notarié une hypothèque sur ses biens, ces pouvoirs doivent être constatés également par acte notarié, sous peine de nullité absolue.

Si le bien à hypothéquer appartient à une société, seuls les organes sociaux peuvent valablement

consentir à l'acte. Mais toute personne peut être habilitée sur délégation des représentants légaux.

L'article 201, alinéa 1^{er} soumet tous les actes relatifs à une hypothèque aux mêmes règles de forme et de publicité. Il s'agit de : changement de rang, renonciation, extinction, subrogation etc.

Paragraphe 2 : | Les conditions relatives au constituant

Le constituant de l'hypothèque doit être titulaire du droit de propriété, de nue-propriété, d'usufruit, de superficie, de droit résultant d'un bail à construction ou du droit emphytéotique à hypothéquer. Mais il faut qu'il ne soit pas frappé d'incapacité d'acte de disposition.

Le constituant doit avoir la capacité d'aliéner l'immeuble, car le bien hypothéqué sortira de son patrimoine en cas de réalisation de la sûreté lorsque la dette garantie n'est pas payée.

Sont incapables, les mineurs et leurs représentants sauf autorisation du conseil de famille.

L'émancipation conférant au mineur la pleine capacité, le mineur émancipé peut donc consentir une hypothèque. Mais l'incapacité peut seulement résulter de l'insolvabilité du constituant. Ainsi, en est-il dans les cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens. La personne qui y est soumise doit se faire assister du syndic ou se faire remplacer par lui pour affecter un bien en hypothèque.

La nécessité de la capacité d'aliéner posait des problèmes par rapport à l'affectation en hypothèque des biens indivis. L'article 194 examine la question sous trois angles examinés ci-dessus.

L'hypothèque sur la chose d'autrui est nulle et de nullité absolue. Il est à observer que cette hypothèse est bien rare, car la consultation du titre foncier de l'immeuble concerné permet de se convaincre du droit du constituant. Cependant, il ne s'agit pas d'une hypothèse d'école : hypothèque concédée par un héritier apparent ou par un prête-nom.

Paragraphe 3 : | L'objet de l'hypothèque

Le bien doit être déterminé, décrit avec précision pour éviter que le débiteur ne subisse trop la pression du créancier, ou que trop de biens soient interdits de circulation juridique. Il s'agit de n'affecter en hypothèque que ce qui est strictement nécessaire. En ce qui concerne la créance, l'acte doit à peine de nullité absolue, énoncer la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie.

Paragraphe 4 : | La publicité de l'hypothèque

La publicité de l'hypothèque est assurée par son inscription conformément aux dispositions nationales. Cette inscription rend l'hypothèque opposable aux tiers. Ainsi, tant que cette inscription n'est pas effective, l'hypothèque ne peut produire effet à l'égard des tiers. Alors, elle constitue entre les parties une promesse synallagmatique. Toutefois, le législateur a réservé à l'article 207 de l'AUS, la possibilité d'une inscription différée dans le délai de 90 jours s'agissant d'un prêt à court terme sans que le créancier perde le rang qui lui est acquis.

S'agissant d'une ouverture de crédit à concurrence d'une somme déterminée à fournir, l'hypothèque prend rang à la date de sa publication sans égard aux dates successives de l'exécution des engagements pris par le fournisseur de crédit.

L'inscription ne produit effet que sur une durée déterminée qui ne peut excéder trente ans sauf disposition contraire d'une loi nationale. Le droit du créancier est ainsi conservé jusqu'à la date fixée par la convention ou la décision de justice. Elle est susceptible d'être renouvelée avant le terme fixé. Le législateur a ainsi rompu avec l'ancienne législation qui ne connaît pas la péremption des inscriptions.

Paragraphe 5 : | Les effets et la réalisation de l'hypothèque

L'article 222 prévoit qu'en cas d'insuffisance de couverture de la créance par la valeur du bien hypothéqué (destruction, dégradation...), il y a déchéance du terme ou fourniture d'une autre hypothèque.

Par ailleurs, le créancier hypothécaire a le droit de suite et de préférence qu'il exerce contre tout tiers. Il peut être désintéressé par le tiers qui bénéficiera d'une subrogation.

Le créancier hypothécaire a également le droit de réalisation. Trois modes de réalisation de l'hypothèque ont été consacrés par le législateur :

- la vente forcée ; elle ne peut être effectuée que conformément aux modalités prévues par les règles de la saisie immobilière qui sont d'ordre public ;
- l'attribution judiciaire ; elle ne peut être sollicitée lorsque l'immeuble constitue la résidence principale du constituant ;
- l'attribution conventionnelle ou pacte comissoire ; il faut que le constituant soit une personne morale ou une personne physique immatriculée au Registre du commerce et du crédit mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas affecté à l'habitation. Le transfert de propriété de

l'immeuble sera constaté dans un acte trente jours après mise en demeure infructueuse, sur la valeur du bien à dire d'expert.

Paragraphe 6 : | L'extinction de l'hypothèque

Le législateur a prévu quatre causes d'extinction de l'hypothèque conventionnelle et judiciaire. Il s'agit de :

- l'extinction de l'obligation principale ;
- la renonciation du créancier à l'hypothèque ;
- la péremption de l'inscription attestée, sous sa responsabilité, par le conservateur du registre de la publicité immobilière, sous réserve que cette attestation ne mentionne aucune prorogation ou nouvelle inscription affectant la péremption ;
- la purge des hypothèques par l'acquéreur résultant du procès-verbal de l'adjudication sur expropriation forcée et du paiement ou de la consignation de l'indemnité définitive

d'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, le débiteur propriétaire d'un bien hypothéqué peut très bien le vendre. La loi lui en donne le droit et l'acquéreur potentiel n'est pas dupé puisqu'il peut s'enquérir de l'état hypothécaire et acheter en toute connaissance de cause. Mais en pareille situation, les créanciers dont les droits ont été inscrits peuvent mettre en œuvre leur droit de suite et faire saisir l'immeuble entre les mains de l'acquéreur. Ce dernier peut subir les poursuites ou délaisser l'immeuble qui sera alors vendu aux enchères. Le prix d'adjudication sera affecté au paiement des créanciers et le reliquat éventuel reviendra à l'acquéreur évincé. Celui-ci a un cours contre le débiteur poursuivi. Pour prévenir et éviter cette saisie, tout acquéreur d'un immeuble hypothéqué peut procéder à la purge des hypothèques inscrites, à condition qu'il ne soit pas lui-même obligé à la dette. Il s'agit pour lui de libérer l'immeuble des hypothèques qui le grèvent en offrant aux

créanciers hypothécaires de leur verser son prix d'acquisition. La procédure de purge est très formaliste. La purge se fait à concurrence du prix d'acquisition seulement et selon l'ordre des inscriptions, c'est pourquoi les créanciers inscrits peuvent s'y opposer en préférant la vente aux enchères.

La radiation de l'hypothèque est alors demandée par le créancier ou effectuée d'office par le conservateur.

Section 2 : | Les hypothèques forcées

La catégorie des hypothèques forcées regroupe les hypothèques qui se forment en l'absence de toute volonté du constituant. Il y a deux sortes :

- les hypothèques forcées judiciaires ou hypothèques judiciaires ;
- les hypothèques forcées légales ou hypothèques légales.

Paragraphe 1 : Les hypothèques forcées judiciaires

Lorsqu'une créance est menacée de péril⁶⁷, le créancier peut, sur décision de justice obtenir l'autorisation de prendre une inscription hypothécaire provisoire à titre conservatoire. Cette décision est une ordonnance rendue sur requête par la juridiction compétente du domicile du débiteur ou du ressort dans lequel sont situés les immeubles à saisir.

Dans sa décision, le juge précise la somme pour laquelle l'hypothèque est autorisée, les immeubles concernés, le délai à l'intérieur duquel le créancier devra, à peine de caducité de l'autorisation, saisir la juridiction compétente de l'action en validité d'hypothèque conservatoire ou de la demande au fond.

Le juge peut subordonner son autorisation à la fourniture d'une caution par le créancier qui ne peut

⁶⁷ Par exemple, le créancier n'a pas de titre exécutoire et sa créance n'est assortie d'aucune hypothèque, ni conventionnelle ni légale.

justifier de sa solvabilité suffisante. La décision d'autorisation est exécutoire sur minute même en cas d'opposition ou d'appel. Une fois l'autorisation d'inscription provisoire obtenue, il y a lieu pour le créancier de la notifier au débiteur en même que l'assignation en vue de l'instance en validité ou de l'instance au fond.

L'inscription provisoire prise doit également être notifiée au débiteur dans la quinzaine de cette formalité. Ce dernier peut, dans le délai d'un mois à compter de la notification de l'assignation en validité ou de l'instance au fond, en demander mainlevée ou réduction sous réserve de la consignation du montant de la dette. Cette obligation de consignation est un véritable moyen de pression sur le débiteur et un avantage considérable pour le créancier.

La loi reconnaît au débiteur le droit de faire limiter l'inscription provisoire aux immeubles qu'il indique, à condition que la valeur des immeubles soit le double du montant des sommes inscrites.

Si la condamnation du débiteur n'est pas prononcée, l'inscription provisoire disparaît rétroactivement et sa radiation peut être obtenue. En cas de reconnaissance de la créance litigieuse, le tribunal maintient en totalité ou en partie l'hypothèque déjà inscrite ou octroie une hypothèque définitive.

La décision sur le fond ayant acquis l'autorité de la chose jugée doit dans les six mois être inscrite. À défaut, l'inscription provisoire devient caduque et doit être radiée.

Paragraphe 2 : | Les hypothèques forcées légales

Parmi les grandes innovations du législateur OHADA, il est important de signaler la transformation des privilèges immobiliers spéciaux du Code civil⁶⁸ en hypothèques légales. Mais il n'a réglementé que trois hypothèques légales compte tenu de sa sphère de compétence qui est le domaine des affaires. Il s'agit de l'hypothèque légale :

- **de la masse des créanciers**

⁶⁸ C. civ., art. 2121 et s.

Dès la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, les créanciers de la masse bénéficient d'une hypothèque, non seulement sur les biens immeubles présents du débiteur, mais également sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions. Le greffier est tenu de faire inscrire cette hypothèque sans délai à compter de la décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens.

- du vendeur, de l'échangiste et du copartageant d'immeuble

Le vendeur d'un immeuble est admis, à défaut de stipulation d'hypothèque conventionnelle, à obtenir, en vertu d'une décision de justice, une hypothèque forcée sur les biens vendus pour garantir le paiement total ou partiel du prix de vente.

De même, l'échangiste ou le copartageant peut obtenir par décision de justice une hypothèque forcée sur les immeubles échangés ou partagés en garantie de la soulte de l'échange ou des créances résultant du partage.

Logiquement, le législateur accorde au prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble vendu, échangé ou partagé, une hypothèque forcée garantissant le prêt, dès lors que cet emploi est constaté dans un acte authentique et que la quittance du vendeur, de l'échangiste ou du copartageant atteste que le paiement a été fait au moyen des deniers empruntés.

**- des architectes, entrepreneurs et autres
travailleurs du bâtiment**

À défaut d'hypothèque conventionnelle, les architectes, entrepreneurs et autres travailleurs du bâtiment sont admis à obtenir par décision judiciaire, et ceci avant le commencement des travaux une hypothèque forcée sur l'immeuble objet des travaux.

L'hypothèque ainsi obtenue fait l'objet d'une inscription provisoire pour le montant de la somme qui sera estimée due. Si l'inscription devient définitive, soit par accord des parties soit par décision de justice, dans le délai d'un mois après l'achèvement des travaux constaté par huissier, elle

conserve la date acquise à l'inscription provisoire pour toute la somme ou partie de celle-ci. L'inscription faite plus d'un mois après l'achèvement des travaux prend rang à sa date.

À l'instar du prêteur de deniers pour l'acquisition d'un immeuble vendu, échangé ou partagé, le prêteur de deniers en vue du paiement ou du remboursement des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments est aussi fondé à obtenir une hypothèque forcée sur l'immeuble objet des travaux.

TITRE III : | L'ordre de classement des sûretés

Il arrive souvent que sur un même bien, plusieurs créanciers soient garantis et donc se disputent le produit de la vente. Dans cette hypothèse, et si tous sont titulaires d'un droit de préférence, la distribution du prix de la réalisation des biens grevés s'effectue conformément aux dispositions applicables en matière de voies d'exécution⁶⁹ sous réserve de l'ordre de classement établi par l'AUS.

⁶⁹ AUVE, art. 324.

Cet ordre de classement qui est l'une des plus grandes innovations de l'AUPOS dans le domaine des sûretés vient clarifier la situation qui prévalait sous le régime antérieur et qui est caractérisée par un grand flou conduisant à un véritable casse-tête pour le classement des différents créanciers. En effet, la détermination de l'ordre de classement des créanciers privilégiés relevait d'une gymnastique complexe. L'AUPOS a le grand mérite d'avoir simplifié le système en organisant deux ordres de classement selon la nature immobilière ou mobilière des biens mis en garantie et qui font l'objet d'une saisie.

Ainsi, l'article 225 établit la hiérarchie suivante entre les créances privilégiées qui peuvent être en présence, lorsque le bien réalisé est un immeuble. Au total, six rangs ont été prévus :

- 1- Les frais de justice, la distribution se faisant au marc le franc en cas d'insuffisance ;
 - 2- Les salaires super privilégiés (il s'agit de ceux dus pour les deux derniers mois aux
- [155]

travailleurs de toutes catégories, en général pour les VRP, ce principe couvre les trois derniers mois. Dans tous les cas, il faut qu'une procédure collective soit ouverte contre le débiteur saisi. Pour SAKHO et NDIAYE, il s'agit de la portion insaisissable des salaires) ;

- 3- Les créances assorties d'une hypothèque, et les créances séparatistes inscrites dans le délai légal, l'ordre interne de désintéressement résultant de la date d'inscription au livre foncier (créanciers séparatistes dans le cas des successions sont préférés aux créanciers personnels de l'héritier par rapport aux immeubles du débiteur défunt) ;
- 4- Les créances garanties par un privilège général inscrit au RCCM, le rang étant déterminé par la date de l'inscription.
- 5- Les créances garanties par les privilèges généraux non soumis à la publicité et dans l'ordre de l'article 107. Il est à observer que ces

créances ont été reléguées au dernier rang de sûretés contre tenu de leur caractère occulte ;

- 6- Les créances chirographaires, à condition qu'elles soient exécutoires ; il faut en outre que leurs titulaires aient fait procéder à la saisie du bien concerné ou qu'ils soient intervenus dans le processus par voie d'opposition ;

Les créanciers concernés par les points 1, 2, 5, et 6 sont payés au marc le franc en cas de concours et d'insuffisance de deniers pour les désintéresser tous.

S'agissant de la saisie d'un bien meuble, l'ordre de distribution du prix de vente prévu à l'article 226 hiérarchise les créances en sept rangs :

- 1- Les frais de justice ;
- 2- Les frais de conservation du bien saisi dans l'intérêt des créanciers antérieurement inscrits ;
- 3- Les salaires super privilégiés ;
- 4- Les créances garanties par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers ;

- 5- Les créances dont la garantie est constituée par un privilège spécial, chacun suivant le meuble sur lequel porte son privilège ; en cas de concours entre créanciers par rapport à un même bien, priorité est accordée au premier saisissant (exemple privilège du vendeur et du bailleur) ;
- 6- Les créances garanties par un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi pour ces privilèges par le législateur ;
- 7- Les créances chirographaires, à condition qu'elles soient exécutoires, encore faut-il que les créanciers concernés interviennent par voie de saisie ou d'opposition dans la procédure de distribution ;

Comme dans l'article 226, lorsque le produit de la vente ne suffit pas à désintéresser tous les créanciers, la répartition a lieu au marc de franc pour les créances objet des points numéro 1, 2, 3, 6, 7 et 8 qui sont de même rang.

Il convient de relever que cet ordre n'est mis en œuvre que sous réserve de l'exercice éventuel d'un droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement.

Cet effort de classement a considérablement réduit la lourdeur de la procédure de réalisation des sûretés tout en renforçant la sécurité du créancier. Celui-ci peut en effet jauger la valeur et la place de la garantie qui lui est proposée.

TABLE DES MATIÈRES

PRINCIPALES ABBREVIATIONS.....	vi
SOMMAIRE.....	vii
Introduction.....	1
I-L'IMPORTANCE DES SURETES.....	6
A-Le sort du créancier chirographaire.....	7
B- Le sort du créancier privilégié.....	12
II- LE LIEN ENTRE SURETÉ ET CRÉDIT	13
III- LA SOURCE ET LA NATURE DES SURETÉS	16
IV- L'AGENT DES SURETÉS	17
TITRE I : LES SURETÉS PERSONNELLES	21
Chapitre I : Le cautionnement	23
Section 1 : Les caractères généraux du	25
cautionnement	25
Paragraphe 1 : Le cautionnement, un contrat	25
Paragraphe 2 : Le cautionnement,	26
un contrat accessoire	26
Paragraphe 3 : Le cautionnement est un contrat	30
unilatéral.....	30
Section 2 : Les conditions de formation du	32
cautionnement	32
Paragraphe 1 : Les conditions de fond	32
A-La capacité de la caution	32
B-Le consentement des parties	34

Paragraphe 2 : Les conditions de forme	35
Section 3 : Les modalités du cautionnement	37
Paragraphe 1 : Le cautionnement de dettes	37
déterminées	37
Paragraphe 2 : Le cautionnement général	37
Paragraphe 3 : Le cautionnement réel	39
Paragraphe 4 : La certification de caution	41
Paragraphe 5 : Le cautionnement simple et le	42
cautionnement solidaire	42
Paragraphe 6 : La durée du cautionnement	44
Section 4 : Les effets du cautionnement	44
Paragraphe 1 : Dans les rapports du créancier avec	44
la caution	44
Paragraphe 2 : Les rapports débiteur-caution	51
Paragraphe 3 : Dans les rapports entre cautions	53
Section 5 : L'extinction du cautionnement	55
Paragraphe 1 : L'extinction par voie accessoire	55
Paragraphe 2 : L'extinction par voie principale	57
Chapitre II : La garantie et contre-garantie autonomes..	57
Section 1 : Les règles de formation de la garantie.....	61
et contre-garantie autonomes	61
Paragraphe 1 : La personne du garant ou du	61
contre-garant	61
Paragraphe 2 : La forme de la garantie	62

Section 2 : Les effets de la garantie et contre-	64
garantie autonomes	64
A- La date d'effet et le lieu de paiement	64
B- Le régime de l'appel à garantie	65
Section 3 : L'extinction de la garantie autonome	70
TITRE II : LES SURETÉS RÉELLES.....	72
Chapitre I : Les sûretés mobilières	75
Section 1 : Le droit de rétention	75
Paragraphe 1 : Les conditions du droit de rétention	77
A-Un Bien disponible.....	78
B- Nature de la créance	78
C- Lien entre détention du bien et naissance de la créance	79
Paragraphe 2 : Les effets du droit de rétention	81
Section 2 : La propriété-sûreté	83
Paragraphe 1 : La propriété retenue à titre de	83
garantie	83
A- Les conditions de la réserve de propriété	84
B- Les effets de la réserve de propriété	85
Paragraphe 2 : La propriété cédée à titre de garantie ..	87
A-La cession de créance à titre de garantie	87
1-Les conditions de validité et d'opposabilité	87
2-Les effets de la cession de créance à titre de garantie	90
B-Le transfert fiduciaire d'une somme d'argent	90

1-Les Conditions de validité et d'opposabilité	91
2-Les effets	91
Section 3 : Le gage de meubles corporels	92
Paragraphe 1 : La validité et l'opposabilité du gage	93
A-La validité du gage	93
1-Les parties au contrat	93
2-La créance garantie	94
3-L'objet du gage	95
4-Les modalités du gage	95
5-La forme du contrat	96
B-L'opposabilité du gage	96
Paragraphe 2 : Les effets du gage	97
A-À l'égard du créancier gagiste	97
1-Les obligations du créancier gagiste	97
a-L'obligation de conservation	97
b-L'obligation de restitution	98
2-Les prérogatives du créancier gagiste	100
a-Le droit de rétention	100
b-Le droit de revendication	101
c-Le droit de faire vendre le bien	101
d-Le droit de préférence	102
e-Le droit d'attribution du bien	103
B-À l'égard du constituant	104
Paragraphe 3 : L'extinction du gage	105
A-L'extinction par voie accessoire	105

B-L'extinction par voie principale	105
Paragraphe 4 : Les gages spéciaux	106
A-Le gage du matériel professionnel et des véhicules automobiles	107
B-Le gage de stocks	107
Section 4 : Les nantissements de meubles incorporels	108
Paragraphe 1 : Le nantissement de créance	109
A-Les règles de validité et d'opposabilité du nantissement	109
B-Les effets du nantissement de créance	111
Paragraphe 2 : Le nantissement de compte bancaire	113
Paragraphe 3 : Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières	114
A-Les conditions de validité et d'opposabilité	115
B-Les effets du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières	116
Paragraphe 4 : Le nantissement de comptes de titres financiers	117
A-L'assiette du nantissement	118
B-La validité et l'opposabilité	120
C-Les effets	121
Paragraphe 5 : Le nantissement des droits de propriété intellectuelle	123

A-Validité et opposabilité	124
B-Les effets	125
Paragraphe 6 : Le nantissement du fonds de commerce	126
A-La validité et l'opposabilité	127
B-Les effets	130
Chapitre II : Les sûretés immobilières : les hypothèques .	132
Section 1 : L'hypothèque conventionnelle	138
Paragraphe 1 : Les règles de forme	138
Paragraphe 2 : Les conditions relatives au constituant	140
Paragraphe 3 : L'objet de l'hypothèque	142
Paragraphe 4 : La publicité de l'hypothèque	142
Paragraphe 5 : Les effets et la réalisation de l'hypothèque	143
Paragraphe 6 : L'extinction de l'hypothèque	145
Section 2 : Les hypothèques forcées	147
Paragraphe 1 : Les hypothèques forcées judiciaires	148
Paragraphe 2 : Les hypothèques forcées légales	150
TITRE III : L'ordre de classement des sûretés	154