

COURS DE DROIT DES SÛRETES (OHADA)

Par

*Mme Yvette Rachel KALIEU ELONGO,
Professeur à l'Université de Dschang
(CAMEROUN)*

Février 2016

PLAN DU COURS

INTRODUCTION GENERALE

CHAPITRE 1 : LES SURETES PERSONNELLES : CAUTIONNEMENT ET GARANTIE AUTONOME

CHAPITRE 2 : LES SURETES IMMOBILIERES : L'HYPOTHEQUE

CHAPITRE 3 : LES SURETES MOBILIERES : GAGES ET NANTISSEMENTS

CHAPITRE 4 : LES SURETES MOBILIERES PORTANT SUR LA PROPRIETE: LES PROPRIETES - SURETES

CHAPITRE 5 : LES SURETES MOBILIERES SPECIFIQUES: LE DROIT DE RETENTION ET LES PRIVILEGES

INTRODUCTION

La notion de sûreté est intimement liée à celle de crédit. Généralement, la fourniture d'une sûreté facilite l'octroi du crédit surtout pour ce qui est du crédit fourni par les banques et institutions assimilées. Elle s'ajoute et renforce la créance que le créancier a en la personne du débiteur.

La sûreté est susceptible de plusieurs définitions.

Elle peut d'abord être définie comme tout procédé ayant uniquement pour but de prémunir le créancier de l'insolvabilité du débiteur. Les droits spécialement accordés au créancier pour que leur réalisation permette à celui-ci d'obtenir son paiement.

L'article 1 AUS donne une définition des sûretés. La sûreté y est définie comme « **l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant** ».

Il ressort de cette définition que :

- la sûreté peut porter sur toutes sortes de biens (isolées, regroupées en un ensemble, tout le patrimoine, bien présent ou futur)
- les obligations garanties peuvent être présentes, futures, conditionnelles , déterminées ou déterminables

La sûreté a essentiellement pour rôle de garantir la solvabilité du débiteur, en cela, elle est marquée par son caractère accessoire que l'acte uniforme rappelle en son article 2. La sûreté s'oppose à la garantie qui peut avoir une autre fonction que celle d'assurer l'exécution de l'obligation. La garantie n'a donc pas pour seule vocation d'assurer le paiement du créancier à l'échéance. Ainsi, certains mécanismes du droit des obligations comme la délégation imparfaite ou la compensation sont à cet égard, considérés comme des garanties de paiement sans être des sûretés. Il en est de même de certains mécanismes comme l'assurance. La formule consacrée pour montrer les rapports entre sûreté et

garantie est la suivante: toute sûreté est une garantie mais toute garantie n'est pas une sûreté.

Les sûretés sont variées et sont par conséquent susceptibles de plusieurs classifications. On distingue par exemple entre les sûretés légales, les sûretés judiciaires et les sûretés conventionnelles ou encore entre les sûretés réelles et les sûretés personnelles. L'AUS ne comporte pas une véritable classification des sûretés mais il régit les principales sûretés que l'on peut regrouper suivant qu'il s'agit des sûretés réelles ou des sûretés personnelles.

Selon l'article 4 al. 2 AUS, les sûretés réelles « consistent soit dans le droit du créancier de se faire payer par préférence sur le prix de réalisation d'un bien affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur, soit dans le droit de recouvrer la libre disposition d'un bien dont il est propriétaire à titre de garantie de cette obligation ». L'AUS n'a pas consacré un titre spécifique aux sûretés réelles comme il l'a fait pour les sûretés personnelles. Pourtant, on retrouve dans le texte les dispositions consacrées à toutes les sûretés réelles aussi bien les sûretés mobilières que les sûretés immobilières. L'article 4 al.2 prévoit d'ailleurs que « sauf disposition contraire du présent Acte uniforme, les seules sûretés réelles valablement constituées sont celles qui sont régies par cet Acte ». La liste des sûretés réglementées constitue donc un *numerus clausus*, ce qui interdit la création de nouvelles sûretés réelles aussi bien par les législateurs nationaux que par les parties elles-mêmes sauf autorisation expresse du législateur.

Pour ce qui est des sûretés personnelles, l'article 4 al. 1 AUS définit la sûreté personnelle comme « 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 ». Les sûretés personnelles permettent au débiteur d'offrir un second débiteur à son créancier pour garantir ses obligations autrement dit pour réduire les risques de sa défaillance. Elles aboutissent ainsi à une multiplication des personnes et donc des patrimoines qui peuvent répondre d'une même dette.

Deux principales sûretés personnelles sont réglementées en droit OHADA. Il s'agit du cautionnement et de la garantie autonome anciennement dénommée lettre de garantie.

Le droit OHADA des sûretés présente quelques particularités qu'il faut présenter avant de procéder à l'étude approfondie des différentes sûretés.

L'acte uniforme portant organisation des sûretés adopté en décembre 2010 et entré en vigueur en 2011 s'est substitué au précédent acte uniforme adopté en 1997. Ce texte comporte 228 articles répartis en six titres à savoir : Titre préliminaire : Définitions et domaine d'application des sûretés- agents de sûretés, Titre I : les sûretés personnelles, Titre II : les sûretés mobilières, Titre III : les hypothèques, Titre IV : Distribution des deniers et classement des sûretés, Titre V : dispositions transitoires et finales.

En plus de l'organisation des différentes sûretés, l'AUS comporte quelques innovations comme l'institution du débiteur professionnel et de l'agent des sûretés.

L'introduction de la notion de débiteur professionnel. L'article 3 définit le débiteur professionnel comme « tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Le débiteur professionnel sera, dans certaines circonstances, moins bien protégé que le débiteur civil ou non professionnel. Il y a aussi le régime spécifique désormais reconnu à certains créanciers, particulièrement les établissements de crédit qui peuvent par exemple être seuls bénéficiaire en qualité de créancier d'un transfert de créance à titre de garantie (articles 80 et suivants).

L'institutionnalisation de l'agent des sûretés

L'agent des sûretés est une institution véritablement nouvelle et originale dans le paysage du droit des sûretés des pays de l'OHADA bien qu'il s'inspire du droit français (article 2328-1 C.Civ.) et emprunte à la fois aux règles du contrat de commission et de la fiducie. Sans donner une définition de l'agent des sûretés, l'acte uniforme en a précisé le statut ainsi que les missions à travers les articles 5 à 11 de l'AUS.

Pour ce qui est de son statut, il ressort de l'article 5 que seuls peuvent avoir la qualité d'agent de sûreté les institutions financières ou les établissements de crédit nationaux ou étrangers. Cette fonction est donc réservée aux seules personnes morales et en particulier à celles qui relèvent du domaine bancaire et qui exercent donc parallèlement une activité de crédit ou une activité financière. L'agent de sûretés agit en son nom. Il agit au profit des créanciers qui l'ont désigné à cette fin. L'acte de désignation, qui doit être établi par écrit comme cela découle implicitement de l'article 6 doit, à peine de nullité, comporter certaines mentions telles que la détermination des obligations garanties, l'identité des créanciers et de l'agent ou encore la durée de la mission. L'agent agit dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés dans l'acte de désignation. Il peut se faire substituer ou être remplacé dans sa mission si ces possibilités sont prévues dans l'acte de désignation et suivant les conditions contenues dans l'acte de désignation et les modalités prévues par l'article 10. Il engage sa responsabilité dans les mêmes conditions qu'un mandataire salarié (article 11).

S'agissant de sa mission, l'agent des sûretés est désigné aux fins de constituer, inscrire, gérer ou réaliser « toute sûreté ou autre garantie de l'exécution d'une obligation ». Comme l'a relevé un auteur, « l'agent des sûretés facilite la gestion des sûretés lorsque la créance garantie est détenue par plusieurs créanciers » Autrement dit, lorsqu'un crédit est mis en place par un pool bancaire et que des sûretés sont offertes à l'appui de ce crédit, l'agent des sûretés peut être désigné pour la mise en œuvre de ces sûretés. A contrario, lorsque le crédit est mis en place par un seul créancier, il ne peut y avoir lieu à la désignation d'un agent des sûretés. L'agent des sûretés peut intervenir aussi bien en ce qui concerne la mise en place et le suivi des sûretés personnelles que pour ce qui est des sûretés réelles.

Les relations entre l'agent des sûretés et les créanciers sont clarifiées. Ainsi, aux termes de l'article 7 : « Lorsque l'agent des sûretés agit au profit des créanciers de la ou des obligations garanties, il doit en faire expressément mention et toute inscription d'une sûreté effectuée à l'occasion de sa mission doit mentionner son nom et sa qualité d'agent des sûretés. L'article 8 ajoute : « Sauf stipulation contraire et pour tout ce qui a trait aux obligations garanties, les créanciers sont représentés par l'agent des sûretés dans leurs relations avec leurs débiteurs, leurs garants, ainsi que les personnes ayant affecté ou

cédé un bien en garantie de ces obligations, et les tiers. Dans la limite des pouvoirs qui lui ont été conférés par les créanciers de la ou des obligations garanties, l'agent des sûretés peut intenter toutes actions pour défendre leurs intérêts, y compris en justice, la seule indication qu'il intervient en sa qualité d'agent des sûretés étant suffisante ».

L'acte uniforme prévoit par ailleurs l'hypothèse d'un transfert de propriété de biens au profit de l'agent des sûretés, dans le cadre de l'exercice de sa mission. Dans ce cas, l'article 9 dispose que « le ou les biens transférés forment un patrimoine affecté à sa mission et doivent être tenus séparés de son patrimoine propre par l'agent des sûretés. Il en va de même des paiements reçus par l'agent des sûretés à l'occasion de l'accomplissement de sa mission ». La conséquence de l'existence de ce patrimoine d'affectation, est que « les biens ne peuvent être saisis que par les titulaires de créances nées de la conservation et de la gestion de ces biens, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés ».

S'agissant de son application, il faut préciser que l'AUS ne s'applique pas aux sûretés constituées antérieurement à son entrée en vigueur conformément à l'article 227 qui dispose : « Le présent Acte uniforme, qui abroge l'Acte uniforme portant organisation des sûretés du 17 avril 1997, n'est applicable qu'aux sûretés consenties ou constituées après son entrée en vigueur. Les sûretés consenties ou constituées antérieurement au présent Acte uniforme et conformément à la législation alors en vigueur restent soumises à cette législation jusqu'à leur extinction ».

Le régime des sûretés, se trouve pour l'essentiel dans l'acte uniforme relatif aux sûretés. Ce texte de base doit, sur certains points être complété par des dispositions éparses qui se trouvent dans d'autres actes uniformes soit de manière implicite soit parce que le l'AUS renvoie expressément à ces textes. Il s'agit : l'acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (AUPCAP) pour ce qui est par exemple du sort des sûretés en cas d'ouverture d'une procédure contre le débiteur ou même du classement des sûretés dont le régime est modifié lorsque la distribution intervient dans le cadre d'une procédure collective, l'acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution (AUPSRVE) principalement pour ce qui est des règles applicables à la réalisation de l'hypothèque puisque celle-ci, sauf dérogation

relève des règles régissant la saisie immobilière que l'AUPSRVE organise désormais aux articles 101 et suivants ; de l'acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG) qui seul contient les dispositions relatives au registre du commerce et du crédit mobilier qui est appelé à recevoir les inscriptions de toutes les sûretés mobilières. L'acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (AUSCGIE) auquel il doit être référé pour compléter le régime du nantissements des titres et droit sociaux que l'AUS énumère parmi les formes de nantissements. Les droits nationaux restent également applicables en matière de sûretés. Le législateur y renvoie expressément pour certaines questions (ex. pour la publication et l'inscription des droits réels) ou implicitement (ex. la détermination des règles de capacité).

Le cours sera présenté en 5 chapitres : **les sûretés personnelles, les sûretés immobilières, les sûretés mobilières (gages et nantissements), les sûretés réelles portant sur la propriété: propriétés-sûretés, les sûretés réelles spécifiques: droit de rétention et les privilèges.**

CHAPITRE 1 : LES SURETES PERSONNELLES : CAUTIONNEMENT ET GARANTIE AUTONOME

La sûreté personnelle est définie à l' article 4 AUS comme « 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 ». L'AUS règlement deux principales sûretés personnelles: le cautionnement et la garantie autonome.

SECTION 1 : LE CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est défini à l'article 13 de l'AUS 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. Cet engagement

peut être contracté sans ordre du débiteur. Il est désormais régi par les articles 13 à 38 de l'AUS.

Le cautionnement met en présence trois personnes que sont le débiteur, le créancier et la caution et donne donc lieu à une relation triangulaire. A la relation initiale qui lie le débiteur à son créancier, va s'ajouter une nouvelle relation entre la caution et le créancier, le premier s'engageant en faveur du second à exécuter la prestation due par le débiteur en cas de défaillance de ce dernier. Mais en même temps, le contrat de cautionnement a une certaine autonomie par rapport au contrat principal. La caution ne s'engage que sur l'initiative du débiteur avec lequel elle entretient des relations. La loi prévoit toutefois que l'engagement de la caution peut être fait sans ordre du débiteur.

P.1. GENERALITES SUR LE CAUTIONNEMENT

Il s'agit de préciser les caractères, les sources et les modalités du cautionnement.

➤ **caractères du cautionnement**

Le cautionnement présente quelques caractères principaux. C'est un contrat accessoire, un contrat unilatéral et en principe gratuit.

- **Un contrat accessoire**

Le cautionnement n'a de raison d'être que par référence à une obligation principale dont il a pour objet d'assurer l'exécution. Il ne peut donc exister sans une obligation principale dont il dépend. Très souvent, cette obligation principale est une obligation de somme d'argent née d'un crédit octroyé par le créancier au débiteur. L'obligation garantie peut être préalable ou concomitante à la constitution de la sûreté et exceptionnellement, elle peut être postérieure.

- **Un contrat unilatéral**

Dans le cautionnement, seule la caution s'engage envers le créancier qui accepte, à payer la dette du débiteur si ce dernier ne le fait pas. Le créancier quant à lui ne prend aucun engagement. Toutefois, ce principe admet quelques aménagements. Conventionnellement, le cautionnement peut devenir synallagmatique si les parties mettent des obligations à la charge du créancier. Légalement, le créancier peut être tenu de certaines obligations.

- Un contrat gratuit

La gratuité du cautionnement doit être entendue aussi bien dans les relations entre le créancier et la caution que dans les relations entre la caution et le débiteur.

S'agissant de la première relation, la caution ne perçoit aucune rémunération de la part du créancier parce que le contrat est unilatéral. S'agissant de la seconde relation c'est-à-dire celle qui lie le débiteur à la caution, l'analyse traditionnelle et originare du contrat en avait fait un contrat gratuit, un service d'amis ou de famille en ce sens qu'il était normalement fourni gratuitement par une personne en faveur d'une autre pour faciliter l'obtention du crédit ou garantir l'exécution d'un engagement. C'est dire que la caution ne percevait aucune contrepartie et plus précisément aucune rémunération de la part du débiteur pour son engagement. Cette gratuite est toutefois de plus en plus remise en cause.

➤ **SOURCES DU CAUTIONNEMENT**

Le cautionnement peut résulter :

- d'une convention établie entre les parties , c'est le cautionnement conventionnel qui est la source la plus usuelle du cautionnement
- de la loi On qualifie le cautionnement de légal lorsque le débiteur est tenu par la loi dans des circonstances particulières de fournir une caution pour la garantie de ses obligations. Ainsi, plusieurs textes en matière fiscale ou douanière, en matière de marchés publics imposent parfois la fourniture d'une telle caution.
- D'une décision de justice : Le cautionnement judiciaire pour sa part correspond au cas où la fourniture d'une caution résulte d'une décision de justice.

➤ **LES MODALITES DU CAUTIONNEMENT**

Le cautionnement peut être fourni suivant diverses modalités.

- Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire

Il est simple lorsque la caution ne paie la dette du débiteur principal que si et seulement si la défaillance de ce dernier est établie par le créancier et que cette caution s'engage seule à payer. Le cautionnement solidaire quant à lui recouvre diverses hypothèses : la solidarité entre la caution et le débiteur et la solidarité entre les cautions.

- Le cautionnement réel

L'article 22 nouveau de l'AUS dispose : « La caution peut garantir son engagement en consentant une sûreté réelle sur un ou plusieurs de ses biens. Elle peut également limiter son engagement à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une telle sûreté ». Ce texte consacre la validité du cautionnement réel qui consiste pour la caution à limiter son obligation à la valeur de certains biens précis donnés en garantie. Lorsque le bien donné en garantie est un immeuble, on parle de cautionnement hypothécaire.

- Le certificat de caution

Cette modalité est prévue par l'article 21 de l'AUS. Le certificateur de caution s'engage à l'égard du créancier à payer ce que doit la caution lorsque celle-ci ne paie pas. Le certificat de caution s'analyse ainsi comme le cautionnement de la caution au profit du créancier qui se prémunit par un cautionnement de second degré.

- Le sous cautionnement

La sous-caution garantit, à la demande du débiteur, le recours que la caution aura contre celui-ci après paiement. La sous caution est une caution comme les autres à la seule différence qu'elle n'a aucune obligation envers le créancier.

P. II : LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

A- LES CONDITIONS DE VALIDITE DU CAUTIONNEMENT

La validité du contrat de cautionnement est soumise à des exigences qui concernent les parties au contrat de cautionnement (1) et l'acte de cautionnement (2).

1. Les conditions relatives aux parties

Elles ont particulièrement trait au consentement des parties, à leur capacité et leur pouvoir. Par ailleurs, une condition particulière de solvabilité a été exigée de la caution.

***Le consentement**

Le cautionnement est formé par un accord de volontés entre la caution et le créancier. Si le consentement des parties existe presque toujours, par contre il n'est pas souvent exempt de vices surtout de la part de la caution. La violence est rarement invoquée ce qui n'est pas le cas de l'erreur et du dol. L'erreur sera généralement invoquée par la caution qui fait valoir qu'elle s'est trompée sur un élément de l'opération, sur sa signification ou sur son étendue (solvabilité du débiteur, nature de l'engagement, erreur sur l'affectation du crédit ou sur l'existence d'autres sûretés). Pour être admises les conditions de droit commun devraient être réunies. Quant au dol, il est fréquemment invoqué par les cautions qui, poursuivies en paiement arguent du manque de loyauté dont elles ont été victimes lors de la conclusion du cautionnement. L'auteur du dol est habituellement le débiteur qui ayant intérêt à ce que la caution accepte de le garantir, peut être tenté d'user de manœuvres déloyales. Pourtant, ces manœuvres qui proviennent du débiteur ne peuvent être prises en considération car le dol qui peut être sanctionné doit être le fait du créancier.

*** La capacité et les pouvoirs**

La caution doit avoir la capacité nécessaire pour se porter caution ce qui exclut le mineur non émancipé et le majeur déclaré incapable.

S'agissant des pouvoirs, le cautionnement peut être souscrit par un mandataire dès lors que les conditions du mandat sont réunies. Mais le problème de la représentation et des pouvoirs se pose surtout pour les personnes morales (cf. l'article 17 AUS qui dispose que « Le défaut de pouvoir du représentant pour engager la personne morale débitrice ne peut être invoqué par la caution de celle-ci que si l'obligation principale n'est pas valablement constituée sauf lorsque la personne débitrice a confirmé cette obligation et que la caution a expressément renoncé à se prévaloir de la nullité de ladite obligation »). Par ailleurs, le législateur a spécialement réglementé, pour certains types de sociétés, les pouvoirs du représentant de la société relativement à la constitution des sûretés. La solution retenue est parfois soit l'interdiction, soit l'autorisation (voir AUSCGIE).

***La solvabilité de la caution**

L'article 15 de l'AUS impose surtout que la caution fournie soit solvable ou mieux présente des garanties de solvabilité. Si elle ne l'est pas, le créancier est en droit de la

refuser et dans ce cas, la loi permet à la caution de la remplacer par une sûreté réelle. L'article 16 ajoute que la caution ne doit pas être solvable uniquement au moment où elle est constituée mais qu'elle doit l'être « en permanence » de sorte que l'insolvabilité survenue oblige le débiteur à remplacer cette caution par une autre ou par une sûreté réelle. La seule exception concerne le cas où le créancier a subordonné son consentement au contrat principal à l'engagement d'une caution nommément désignée. Dans ce cas, la caution doit être maintenue en dépit de son insolvabilité.

2. Les conditions relatives à l'acte de cautionnement

L'article 14 AUS dispose : « Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. Il se prouve par un acte comportant la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention, écrite de la main de la caution, en toutes lettres et en chiffres, de la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires. En cas de différence, le cautionnement vaut pour la somme exprimée en lettres ». Il en ressort que le cautionnement ne se présume pas et que l'écrit ne peut constituer qu'un moyen de preuve à condition qu'il comporte la signature de la caution et du créancier ainsi que la mention écrite de la main de celui-ci.

L'écrit peut être constitué par un acte sous seing privé ou par un acte notarié. Cet écrit comporte généralement toutes les informations relatives aux parties et aux modalités du cautionnement. Pour servir de moyen de preuve, l'écrit doit comporter les mentions exigées par l'article 14 précité : la signature des deux parties et la mention manuscrite de la caution c-à-d que la caution doit écrire de sa main, le montant de la somme qu'elle a accepté de garantir. La mention manuscrite sert de preuve pour tout type de contrat (conventionnel, légal ou judiciaire), quelle que soit la qualité de la caution (civile, professionnelle, commerçante) et quelle que soit l'étendue de la dette garantie. Dans aucun cas, elle ne constitue une condition de validité du cautionnement. Elle doit porter sur la somme maximale garantie couvrant le principal, les intérêts et autres accessoires.

Lorsque la caution ne sait ou ne peut écrire, une formalité de substitution a été instaurée par l'article 14 alinéa 3. Elle sera assistée de deux témoins dont le rôle est non

pas de porter la mention en ses lieu et place mais de certifier son identité et sa présence et d'attester que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés.

B- L'ÉTENDUE DU CAUTIONNEMENT

Pour déterminer l'étendue de l'engagement de la caution, on peut distinguer selon que le cautionnement est déterminé (1) ou non (2).

1. LE CAUTIONNEMENT DETERMINE

Il est encore appelé cautionnement limité. Il s'agit du cas où la somme cautionnée est déterminée dans l'acte de cautionnement et plus précisément dans la mention manuscrite. A cet effet, l'article 14 précité impose que ladite somme soit écrite en toutes lettres et chiffres. **Exemple** : *si la somme due est de 100 000 F CFA, La garantie de cette dette par la caution lui fait obligation de porter dans l'acte de cautionnement la mention suivante : « ce cautionnement garantit la somme de 100 000 F CFA ».*

2. Le cautionnement indéterminé

C'est l'hypothèse où la dette principale est indéterminée et même indéterminable. A cet effet, deux éventualités sont possibles : La caution a l'option entre limiter son engagement c'est-à-dire décider de ne payer qu'une partie de la dette principale ou ne pas limiter son engagement par rapport à la dette principale. Cette seconde hypothèse correspond à ce que l'acte uniforme qualifie de « cautionnement général des dettes du débiteur principal ». On parle aussi de cautionnement « omnibus ». Pour éviter les contestations, l'article 19 AUS a prévu des restrictions à la conclusion de tels engagements (d'abord, il est prévu que le cautionnement général des dettes d'un débiteur ne s'entend sauf clause contraire que de la garantie des dettes contractuelles directes ; ensuite, ce type de cautionnement ne couvre pas, sauf clause contraire, les dettes du débiteur principal antérieures à la signature de l'acte).

P. 2 : Les effets du cautionnement

Le principal effet du cautionnement est de permettre l'exercice des poursuites contre la caution (A). Mais la caution dispose de recours lorsqu'elle a payé et exceptionnellement avant d'avoir payé (B).

A- L'exercice des poursuites contre la caution

En cas de non paiement de la dette par le débiteur principal, le créancier a le droit de poursuivre la caution pour se faire payer. La mise en œuvre des poursuites contre la caution (1) est subordonnée à certaines conditions (2).

1. Les conditions d'exercice des poursuites

Il s'agit de la défaillance du débiteur principal et de l'exigibilité de la dette.

*** L'exigibilité de la dette**

Elle signifie que la caution ne peut être poursuivie que si la dette contractée par le débiteur principal est arrivée à terme. Malgré ce principe, l'exercice des poursuites peut entraîner des difficultés particulières en cas de déchéance du terme ou de prorogation de celui-ci.

- **la déchéance du terme** : Il y a déchéance du terme si la dette du débiteur principal doit être payée avant l'échéance convenue et ce, pour diverses raisons. Par rapport à la caution, l'article 23 al.4 AUS prévoit que la déchéance du terme accordée au débiteur principal ne s'étend pas automatiquement à la caution qui ne peut être requise de payer qu'à l'échéance fixée à l'époque où la caution a été fournie. Cette règle est d'ordre public.

- **La prorogation du terme**

la prorogation du terme accordée au débiteur principal par le créancier doit être notifiée par ce dernier à la caution qui, informée, peut avoir deux attitudes différentes : refuser la prorogation car elle n'est pas tenue d'accepter le bénéfice de la prorogation du terme. Dans ce cas, elle peut poursuivre le débiteur en paiement ou obtenir contre ce dernier des mesures conservatoires ou des garanties ou accepter la prorogation car contrairement à la déchéance, la caution peut bénéficier des prorogations du terme accordées au débiteur

principal. Dans cette hypothèse, elle ne sera poursuivie en paiement qu'après l'écoulement du délai supplémentaire accordé au débiteur principal sauf lorsque la prorogation du terme est d'origine légale : moratoire légal, grâce accordée par le juge ou en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur.

*** La défaillance du débiteur principal**

La caution n'est tenue de payer la dette qu'en cas de non-paiement du débiteur. C'est la conséquence du caractère accessoire et subsidiaire du contrat de cautionnement. La défaillance prouvée du débiteur principal est un préalable à la poursuite de la caution. Cette défaillance doit être constatée et la caution doit en être informée.

La poursuite de la caution est conditionnée par une mise en demeure adressée au débiteur et qui est restée sans effet c'est-à-dire qu'après le délai assorti, ce dernier ne s'est pas toujours exécuté.

Une fois la défaillance constatée par la mise en demeure, la caution doit en être avisée par le créancier dans le mois de la mise en demeure. Le créancier ne doit pas se contenter d'informer la caution de la défaillance, il doit en même temps indiquer le montant restant dû en principal, intérêts et accessoires à la date de l'incident de paiement. A défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus entre la date de cet incident et la date à laquelle elle en a été informée. Toute clause contraire est réputée non écrite.

2. La mise en œuvre des poursuites

Le créancier ne peut poursuivre la caution, qu'elle soit simple ou solidaire qu'en appelant en cause le débiteur principal. Lorsque la caution est poursuivie, c'est pour qu'elle paie. Elle peut donc réagir positivement en payant la dette du débiteur principal ou négativement en opposant au créancier certains moyens de défense.

*** Le paiement de la dette**

La caution poursuivie est tenue de payer une somme inférieure ou égale au montant de la dette due par le débiteur en principal, intérêts et accessoires mais dans les termes de son engagement initial. L'article 30 de l'AUS impose à la caution d'aviser le débiteur ou de le mettre en cause avant de payer. La caution qui a payé sans avertir le débiteur ou le mettre en cause peut perdre son recours contre lui.

A défaut de payer, la caution peut retarder le paiement en opposant certaines exceptions au créancier.

*** Les moyens de défense**

Poursuivie en paiement par le créancier, la caution peut opposer deux moyens de défense. Il s'agit d'une part du bénéfice de discussion et d'autre part du bénéfice de division.

- Le bénéfice de discussion

Le bénéfice de discussion est le droit reconnu à la caution d'amener le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal. C'est l'une des conséquences du caractère accessoire de l'engagement de la caution. A cet effet, l'article 27 al. 2 dispose : « la caution simple, à moins qu'elle ait expressément renoncé à ce bénéfice, peut, sur premières poursuites dirigées contre elle, exiger la discussion du débiteur principal, en indiquant les biens de ce dernier susceptibles d'être saisis immédiatement sur le territoire national et de produire des deniers suffisants pour le paiement intégral de la dette ».

Son domaine est limité car seule la caution simple et le certificateur de caution qui est toujours considéré comme une caution simple peuvent s'en prévaloir. Ce bénéfice est expressément refusé à la caution solidaire et à la caution judiciaire. Il faut noter que la caution simple peut refuser de se prévaloir de ce bénéfice par une renonciation expresse.

Le bénéfice de discussion produit des effets tant à l'égard du créancier qu'à l'égard de la caution. S'agissant du créancier, il doit supporter les conséquences de sa faute s'il s'abstient de poursuivre le débiteur alors même que les conditions de discussion sont

réunies. S'il le fait avec retard ou négligence, il est jusqu'à concurrence des biens indiqués responsable à l'égard de la caution de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par sa faute. A l'égard de la caution, l'exercice des discussions suspend les poursuites contre elle jusqu'à la fin de la procédure. Elles ne seront reprises que si la dette n'est pas intégralement payée. Mais la suspension totale des poursuites suppose que les biens indiqués soient susceptibles de couvrir la dette entière.

- Le bénéfice de division.

Il ressort de l'article 28 AUS que s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, chacune d'elle peut, sur premières poursuites dirigées contre elle demander la division de la dette. Le bénéfice de division suppose qu'il y ait plusieurs cautions pour un même débiteur. Il faut par ailleurs qu'il n'y ait pas de solidarité entre ces cautions. De même, la caution ne doit pas avoir renoncé à ce bénéfice. Le bénéfice de division est une exception péremptoire tendant à la limitation définitive des poursuites à la part contributive de la caution qui l'invoque et ce, contrairement au principe suivant lequel chaque caution doit être obligée à la totalité de la dette cautionnée.

B - LES RECOURS DE LA CAUTION

La caution dispose de recours soit contre le débiteur soit contre les autres cautions lorsqu'il en existe.

1. RECOURS CONTRE LE DEBITEUR

Le débiteur exerce normalement son recours contre le débiteur après le paiement mais il peut le mettre en œuvre exceptionnellement avant paiement.

*** Recours normal après paiement**

La caution qui a payé est en droit de réclamer au débiteur le remboursement de ce qu'elle a payé pourvu que certaines conditions soient remplies. Celles-ci concernent essentiellement le paiement et le délai de recours. Le paiement doit avoir été effectué par

la caution, en sa qualité de caution. Ce paiement doit être intégral, valable et libératoire. Quant aux délais, la caution ne peut agir utilement que si l'action n'est pas prescrite.

Ces deux conditions remplies, la caution peut poursuivre le débiteur principal soit par la voie de l'action personnelle soit par la voie de l'action subrogatoire.

*** Recours exceptionnel avant paiement**

Le législateur OHADA a énuméré de manière limitative les hypothèses dans lesquelles le débiteur peut être poursuivi par la caution avant paiement. Toute caution, qu'elle soit simple ou solidaire, personnelle ou réelle doit pouvoir exercer le recours si elle se trouve dans l'un des cas prévus. Il y en a quatre :

- lorsque le débiteur est en état de cessation de paiement ou est en déconfiture.
- Lorsque la caution est poursuivie en paiement. Dans ce cas, la caution poursuivie par le créancier va appeler en garantie le débiteur principal sauf si celui-ci est soumis à une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens.
- Lorsque le débiteur est obligé de lui rapporter sa décharge dans un certain temps.
- Lorsque la dette est devenue exigible par l'échéance du terme. On suppose ici que malgré l'arrivée du terme de la dette, le créancier n'a pas engagé de poursuites contre le débiteur principal et la caution ne souhaite pas continuer à assumer le risque d'insolvabilité du débiteur.

2. RECOURS CONTRE LES AUTRES CAUTIONS

Si plusieurs cautions appelées cofidéjusseurs ont cautionné la même dette et si l'une d'elle a acquitté la totalité de celle-ci, cette dernière bénéficie de recours contre les autres garants.

Pour que ce recours soit mis en œuvre, il faut que la caution poursuivante ait utilement acquitté la dette du débiteur. Il n'y aurait pas paiement utile si par exemple la caution a payé une dette qui n'était pas encore exigible ou si elle a payé sans en informer le débiteur qui avait déjà payé la dette. Par ailleurs, le paiement doit être effectif et libératoire pour les autres cautions poursuivies mais il peut être partiel. La caution solvens

doit informer les autres cautions du paiement fait par elle au créancier. Ce n'est que sous ces conditions que son action pourra porter des fruits.

La caution poursuivante, c'est-à-dire la caution solvens bénéficie de deux recours. Un recours personnel qui lui permet d'obtenir en plus du principal, des frais et des accessoires, le paiement des dommages- intérêts et un recours subrogatoire qui lui permet d'être subrogé dans les droits du créancier et de profiter éventuellement des garanties qui lui ont été accordées par l'une des cautions. Ces recours s'exercent dans les mêmes conditions que les recours offerts au débiteur principal.

Le but de l'action est de faire supporter à chacune des cautions sa part et portion. Après déduction de sa part contributive, la caution doit diviser les poursuites. L'insolvabilité de l'une des cautions doit être supportée par toutes les cautions solvables conformément au droit commun des obligations.

P.4 : L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

Le cautionnement s'éteint pas voie accessoire ou par voie principale (A). Chaque fois que la caution aura perdu tout bénéfice de subrogation dans les droits du créancier, le cautionnement sera appelé aussi à s'éteindre (B).

A- L'EXTINCTION PAR VOIE PRINCIPALE

Il s'agit de l'extinction de l'obligation de règlement qu'il faut distinguer de l'obligation de couverture.

L'obligation de règlement c'est l'obligation qui pèse sur la caution de payer les dettes effectivement nées entre le débiteur et le créancier autrement dit de « régler la dette garantie ». La plupart des causes classiques d'extinction de l'obligation se retrouvent dans l'extinction de l'obligation de règlement qu'il s'agisse de l'extinction par le paiement ou de l'extinction par divers autres modes. L'extinction du cautionnement par l'effet du paiement suppose que le paiement soit valable, qu'il ait été fait intégralement par la caution et qu'il ait payé en qualité de caution. En cas de contestation, il lui appartient de prouver qu'il l'a

fait en cette qualité. Quant aux autres modes d'extinction, s'agit de situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue de la caution. Le législateur en a énuméré quelques-unes : remise de dette, compensation ou confusion. Il faut ajouter que la nullité du contrat de cautionnement a pour effet la libération rétroactive et totale de la caution.

Quant à l'obligation de couverture, son extinction marque la date à partir de laquelle les dettes du débiteur ne seront plus couvertes par la caution. Elle peut résulter du décès de la caution, de l'arrivée du terme (exprès ou implicite) ou de la résiliation du cautionnement à durée indéterminée.

B - L'EXTINCTION PAR VOIE ACCESSOIRE

L'extinction totale ou partielle de l'obligation principale éteint l'engagement de la caution dans la même mesure. Cette extinction peut intervenir d'abord par le paiement de l'obligation principale. Le paiement fait doit pouvoir libérer effectivement et intégralement le débiteur. La caution ne peut valablement opposer cette exception au créancier que si et seulement si elle prouve que le paiement a été réellement effectué. Le paiement partiel ne libère pas la caution.

Cette extinction peut intervenir ensuite par divers autres modes d'extinction accessoire. Il s'agit des situations dans lesquelles l'obligation est éteinte alors que le créancier n'a pas reçu la prestation attendue du débiteur. L'article 29 pose en quelque sorte une règle générale en disposant que la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette appartenant au débiteur principal et qui tendent à réduire, éteindre ou différer la dette. La dette du débiteur peut ainsi être éteinte en cas de remise de dette, de dation en paiement, de novation, de compensation, de confusion, de prescription ou encore de nullité ou résolution du contrat principal. Dans toutes ces hypothèses, la caution est libérée partiellement ou totalement.

C- L'EXTINCTION CONSECUTIVE A LA PERTE DU BENEFICE DE SUBROGATION

Au terme de l'article 29 alinéa 2 de l'AUS, « La caution simple ou solidaire est déchargée quand la subrogation aux droits et garanties du créancier ne peut plus s'opérer en sa faveur, par le fait du créancier ». S'il arrive donc que la subrogation aux droits du créancier rencontre des obstacles, ceci aura pour conséquence de décharger la caution de son obligation. Ces obstacles peuvent être la faute du créancier ou l'impossibilité de subroger. La décharge de la caution est l'une des principales conséquences de la perte du bénéfice de subrogation qui joue donc comme une exception opposée par la caution poursuivie en paiement par le créancier. Elle profite aussi bien à la caution simple qu'à la caution solidaire et elles ne peuvent pas y renoncer dans le contrat car l'article 18 précité prévoit que toute clause contraire est réputée non écrite. Toutefois, la caution n'est déchargée qu'en proportion de la valeur des droits perdus.

SECTION 2 : LA GARANTIE AUTONOME

Connue sous le nom de lettre de garantie avant la réforme de l'AUS ou encore sous celle de garantie indépendante ou de garantie à première demande, la garantie autonome est régie par les articles 39 à 49 AUS.

Très utilisée dans les relations commerciales internationales, elle se substitue dans certains cas au crédit documentaire¹, au cautionnement bancaire et parfois au dépôt de garantie. La garantie autonome est volontairement présentée comme une alternative au cautionnement², une réponse à certaines principales faiblesses de cette sûreté justifiées pour la plupart par sa nature d'engagement accessoire.

¹ Qui est défini comme l'opération par laquelle le banquier intervenant sur l'ordre de son client acheteur pour le règlement d'une importation, promet de payer le vendeur exportateur contre remise par ce dernier de documents attestant l'expédition des marchandises.

² Au même titre que les lettres d'intention même si celles-ci se caractérisent essentiellement par la variabilité des engagements susceptibles d'être pris par le signataire de la lettre. Suivant les cas, l'engagement du signataire de la lettre sera qualifié soit de cautionnement soit de lettre de garantie de même qu'il pourra constituer une obligation de faire ou de ne pas faire.

La garantie autonome est définie à l'article 39 comme « une convention par laquelle, à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier ». Elle fait intervenir trois personnes que sont le donneur d'ordre, le garant et le bénéficiaire. Elle est une sûreté personnelle en ce qu'un engagement est pris par un tiers à titre de sûreté de la dette d'un débiteur principal. A côté de la garantie autonome, le législateur a également réglementé la contregarantie définie comme une convention par laquelle le contregarant s'engage à payer une somme déterminée au garant, sur première demande de la part de ce dernier. Le contregarant garantit donc les engagements du garant³. Pour le reste, la lettre de contregarantie obéit exactement au même régime que la garantie autonome.

La garantie autonome peut être souscrite pour différents motifs. On distingue, surtout dans la pratique internationale, entre différents types de garanties telles que :

- la garantie de soumission souscrite dans le cadre de la soumission à un marché par le donneur d'ordre et par laquelle le garant s'engage à payer une certaine somme qui peut être évaluée à un pourcentage du montant du contrat dans le cas où le soumissionnaire ne signerait pas le contrat suivant les modalités contenues dans la soumission ou le cahier des charges.
- La garantie d'exécution, encore appelée garantie de bonne fin, qui engage le garant à payer une certaine somme pour le cas où le bénéficiaire de la garantie, maître d'ouvrage ne serait pas satisfait de l'exécution d'un contrat.
- La garantie de remboursement d'acomptes qui est exigée lorsque dans le cadre d'un marché, le bénéficiaire a payé des acomptes au débiteur (donneur d'ordre) pour faciliter l'exécution de ce marché.

Cette énumération est loin d'être exhaustive⁴.

L'autonomie, l'inopposabilité des exceptions et l'irrévocabilité caractérisent la garantie autonome OHADA et permettent de la distinguer nettement du cautionnement.

³ Dans la pratique internationale, la garantie est émise par la banque du bénéficiaire et la contregarantie par la banque du débiteur donneur d'ordre.

⁴ On pourrait citer d'autres garanties comme la garantie de retenue ou de maintenance.

- **L'AUTONOMIE** : La garantie autonome crée des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base (art. 40). Par ailleurs, le garant s'engage à payer une somme déterminée à l'avance et non la somme dont sera tenu le débiteur garanti. L'autonomie qui caractérise cette garantie est donc l'antipode du caractère accessoire qui marque le cautionnement. Le garant appelé en paiement ne pourra soulever aucune contestation que ce soit pour quelque cause que ce soit en dehors des cas strictement prévus par la loi tels que la fraude ou l'abus manifeste.

- **L'INOPPOSABILITE DES EXCEPTIONS** : Cette règle vient renforcer l'autonomie de la garantie. Elle signifie que celui qui s'engage comme garant renonce par cet engagement et d'avance à se prévaloir de tout fait susceptible d'éteindre ou de réduire son engagement et qui résulterait du contrat de base ou de faits propres à la relation donneur d'ordre-bénéficiaire. Il s'agit de toutes sortes d'exceptions telles que la nullité, la résiliation ou la résolution du contrat de base ou encore l'inexécution justifiée par la force majeure, le fait du prince ou le fait du créancier. Ne peuvent non plus être admis les exceptions tendant à l'extinction de la dette garantie comme la compensation, la novation ou la confusion. La convention de garantie doit d'ailleurs comporter entre autres mentions celle précisant l'impossibilité pour le garant de bénéficier des exceptions de la caution.

Deux exceptions uniquement sont admises. Il s'agit de l'appel manifestement abusif et de l'appel frauduleux.

- **L'IRREVOCABILITE** : Elle signifie dans le cas d'une garantie et d'une contre-garantie autonomes à durée déterminée que les instructions du donneur d'ordre, la garantie et la contre-garantie sont irrévocables. Le donneur d'ordre accepte donc par avance de ne pas contester le bien-fondé des paiements que le garant sera amené à effectuer entre les mains du bénéficiaire. Le garant pour sa part, ne peut plus, une fois que la convention de garantie a été signée se soustraire à l'engagement qu'il a pris à savoir payer une somme déterminée au bénéficiaire si les conditions prévues au contrat sont réunies.

Par contre, les garanties et contre-garanties à durée indéterminée peuvent être révoquées par le garant et le contre-garant.

Après ces éléments de généralité, il faut étudier la formation (P. 1) et surtout les effets de la garantie autonome (P. 2).

P I: LA FORMATION DE LA GARANTIE AUTONOME

La constitution de la garantie autonome répond à une certaine rigueur aussi bien pour ce qui est de l'écrit (Paragraphe 2) que de la durée de l'engagement (paragraphe 2). Il faut par ailleurs préciser que le législateur OHADA a limité la souscription des garanties et contregaranties autonomes uniquement aux personnes morales. Il peut s'agir aussi bien des personnes morales de droit privé que de droit public, commerçantes ou non. Habituellement, les garants sont généralement des banques ou des établissements de crédit, des sociétés commerciales et parfois des sociétés-mères qui s'engagent pour le compte de leurs filiales.

A : L' ECRIT

Aux termes de l'article 41, la garantie et la contregarantie ne se présument pas et doivent être constatées par un écrit qui doit comporter à peine de nullité, certaines mentions limitativement énumérées par les textes (article 41).

B: LA DUREE DE VALIDITE DE LA GARANTIE

La garantie autonome prend effet à compter du jour où elle est émise sauf si les parties décident qu'elle produira effet à une date ultérieure. Par contre, l'engagement du garant ne pourrait couvrir des faits antérieurs à la signature de l'acte comme tel est le cas pour le cautionnement.

La garantie ou la contregarantie prend fin dans différentes hypothèses prévues par l'article 49:

- le jour calendaire ou à l'expiration du délai prévu.
- sur présentation au garant ou au contregarant de documents libératoires spécifiés dans la garantie ou la contregarantie autonome.
- sur déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant de son obligation.

PII : LES EFFETS

La garantie autonome est mise en oeuvre à travers l'appel en garantie adressé par le bénéficiaire au garant. Celui-ci doit en principe payer mais exceptionnellement, il peut invoquer des moyens de défense. Une fois le paiement effectué, il dispose de recours.

A- L'APPEL EN GARANTIE

Certaines conditions doivent être réunies pour que le garant puisse effectivement procéder au paiement. L'article 45 précise ces conditions. Il faut un écrit accompagné de tout document prévu dans la garantie, une déclaration écrite du garant en cas d'appel en paiement adressée par ce dernier au contregarant.

- **l'exigence d'un écrit** : au niveau de sa réalisation, le formalisme de la garantie autonome est également renforcé. Le garant ne sera tenu de payer que s'il reçoit en ce sens une demande de la part du bénéficiaire. La forme de l'écrit n'a pas été précisée. Par contre, son contenu a été précisé voire imposé. La demande de paiement doit préciser que le donneur d'ordre a manqué à ses obligations envers le bénéficiaire et en quoi consiste ce manquement.

- **la présentation de documents**. Le bénéficiaire doit joindre à sa demande les documents prévus dans la convention de garantie. Ces documents sont susceptibles de varier d'une convention à l'autre en fonction des engagements du garant ou de la nature de la convention de base. Il s'agira par exemple de rapports d'expertise, de décision de justice, de factures non réglées, etc. L'exigence des documents fait penser que la garantie autonome OHADA serait une garantie documentaire et non une garantie indépendante ou autonome au sens strict.

B : LE PAIEMENT

Le garant doit payer la somme prévue au contrat de garantie et non la somme non éventuellement payée par le donneur d'ordre puisque la garantie est autonome. Bien que le

paiement doit être fait à première demande, il ne doit pas pour autant être fait immédiatement, « les yeux fermés ». Certaines mesures sont prévues.

D'abord, le garant doit disposer d'un délai de 5 jours ouvrés (article 46) pour examiner la conformité des documents produits par rapport à ce qui a été prévu dans le contrat. Il ne peut rejeter la demande qu'à condition de notifier au bénéficiaire, au plus tard à l'expiration de ce délai, les irrégularités justifiant le rejet. Ensuite, le garant doit transmettre copie de la demande ainsi que les documents au donneur d'ordre pour information. Enfin, le garant doit aviser le donneur d'ordre de toute réduction du montant de la garantie ainsi que de tout acte ou événement y mettant fin à l'exception de la date de fin de validité.

PARAGRAPHE 3 : LES MOYENS DE DEFENSE

L'article 47 est clair et précis : « Le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse. Le contre-garant dispose de la même faculté dans les mêmes conditions ».

Les notions d'abus et de fraude manifestes, ici comme dans d'autres domaines du droit sont toujours difficiles à définir. L'appréciation sera laissée aux parties et surtout au juge lorsque le bénéficiaire estime que dans un cas précis, il n'y avait pas lieu à défense de payer. On estime qu'il y a abus en règle générale lorsqu'on constate que le bénéficiaire de la garantie a usé de son droit d'une manière fautive et contraire à la finalité de celui-ci. Il doit résulter de l'abus un préjudice pour le donneur d'ordre. Il y a fraude, par contre, en cas de détournement du droit par diverses manœuvres du bénéficiaire dans l'intention de nuire au donneur d'ordre.

PARAGRAPHE IV/ LES RECOURS

Il s'agit de l'un des aspects du régime de la garantie autonome qui le rapproche du cautionnement. L'article 48 précise que le garant qui a fait un paiement conformément aux termes de la garantie dispose des mêmes recours que la caution contre le donneur d'ordre.

Le garant ne paye pas la dette d'autrui mais sa propre dette. Pourtant, il doit être indemnisé par le donneur d'ordre à condition que son paiement soit conforme aux termes de la garantie.

CHAPITRE 2 : LES SURETES IMMOBILIERES : L'HYPOTHEQUE

L'AUS institue une seule catégorie de sûreté immobilière à savoir l'hypothèque (articles 190 à 223 AUS). Elle est définie à l'article 190 AUS comme « l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables ». C'est une sûreté immobilière qui porte sur un immeuble ou généralement sur un droit immobilier et qui confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Elle n'emporte pas la dépossession immédiate du propriétaire contrairement à l'antichrèse qui est une autre sûreté réelle immobilière emportant dépossession du débiteur.

L'hypothèque est une garantie très utilisée pour plusieurs raisons :

- Le constituant en premier lieu y trouve avantage : il conserve l'utilité et la maîtrise totale de l'immeuble puisque cette garantie n'emporte pas dépossession. La seule limite à sa liberté est d'éviter de diminuer la valeur de l'immeuble. L'absence de dépossession a pour avantage qu'il peut obtenir plusieurs crédits dans la limite de la valeur totale du bien ;
- Les tiers et les autres créanciers trouvent également avantage à l'hypothèque : ils en sont informés par la publicité qui en est faite ;

- le classement entre les créanciers hypothécaires est simple, puisqu'il repose sur l'ancienneté par rapport à la date d'inscription ;

- Enfin, le créancier bénéficiaire trouve avantage à l'hypothèque car elle lui confère un droit de préférence bien classé, il vient en troisième position dans l'ordre en cas de vente de l'immeuble.

L'Acte Uniforme portant organisation des sûretés constitue le texte de base en matière de réglementation de l'hypothèque. Mais ce texte doit être complété sur certains points par les lois nationales qui organisent la publicité foncière. En plus, il faut y ajouter les dispositions relatives à la saisie immobilière contenues dans l'AUPSRVE et les dispositions en matière de procédures collectives contenues dans l'AUPCAP (par exemple pour ce qui est de la constitution d'une hypothèque après l'ouverture d'une procédure collective ou du sort réservé au créancier bénéficiaire d'une hypothèque en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur).

L'hypothèque a deux caractères principaux: elle est indivisible et spéciale.

- **L'hypothèque est indivisible**

L'art. 193 AUS dispose : « 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'indivisibilité concerne l'assiette de la garantie d'une part et d'autre part la créance elle-même.

Quant à l'assiette, l'indivisibilité signifie que tous les immeubles désignés et chaque fraction de l'immeuble répondent de la totalité de la dette. En conséquence, le créancier peut saisir la portion qu'il désire. En cas de partage, chaque héritier qui reçoit une part de l'immeuble est tenu de la totalité de la dette. Chaque immeuble, en cas de pluralité d'immeubles hypothéqués, répond de la totalité de la dette. Le créancier peut donc saisir l'un quelconque pour son paiement.

Quant à la créance, l'indivisibilité peut être envisagée activement et passivement. L'indivisibilité active de la créance, par exemple suite au décès du créancier, permet à chacun des nouveaux créanciers (héritiers) de saisir la totalité de l'immeuble l'hypothéqué. L'indivisibilité passive de la dette notamment en cas du décès du débiteur, n'affecte en rien la situation du créancier hypothécaire. Si l'immeuble grevé est affecté à un seul héritier qui

ne supporte pourtant que sa quote part de la dette, il demeure néanmoins tenu du tout en raison de l'hypothèque quitte à se retourner pour le surplus contre les autres cohéritiers. En cas de paiement partiel, l'hypothèque demeure pour garantir le paiement du solde si minime soit-il.

- **L'hypothèque est spéciale**

Il y a spécialité quant à l'assiette de la sûreté et quant à la créance garantie. La spécialité quant à l'assiette découle d'abord de l'article 190 précité qui dispose que « l'hypothèque est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant, à la garantie d'une créance... ». Ce texte est complété par l'article 192 qui prévoit que « seuls les immeubles présents peuvent faire l'objet d'hypothèque ». Comme conséquence du principe de spécialité, le contrat d'hypothèque doit préciser les immeubles ou parties d'immeuble sur lesquelles s'exercent les droits du créancier. En pratique il sera donné dans l'acte d'hypothèque une description des caractéristiques de l'immeuble ou des immeubles : lieu de situation, nature, superficie, numéro de titre foncier.

Mais, le principe de spécialité de l'hypothèque est désormais relativisé. Non seulement, il n'est plus exigé expressément la mention dans le contrat d'hypothèque des caractéristiques de l'immeuble ou des immeubles mais aussi et surtout, l'article 203 prévoit que l'hypothèque conventionnelle peut être consentie sur des immeubles à venir. Trois hypothèses sont prévues :

- La première concerne le cas où le constituant ne possède pas d'immeubles présents et libres ou qu'il n'en possède pas en quantité suffisante pour la sûreté de la créance. Dans ce cas, il peut consentir, dans le contrat d'hypothèque, que chacun des immeubles qu'il acquerra par la suite sera affecté en garantie du paiement de la créance au fur et à mesure de leur acquisition ;
- La seconde correspond au cas où l'immeuble présent assujéti à l'hypothèque a péri ou subi des dégradations telles qu'il est devenu insuffisant pour la sûreté de la créance. Dans ce cas, le constituant peut, sans préjudice du droit pour le créancier de poursuivre dès à présent son remboursement, consentir une hypothèque sur un immeuble futur;
- La troisième renvoie à la possibilité donnée à 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 d'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 emplacement.

La spécialité quant aux créances garanties signifie que l'hypothèque ne saurait garantir n'importe quelle créance du créancier à l'égard du débiteur. Toutefois, la créance garantie peut être déterminée ou seulement déterminable. La créance garantie peut même être future pourvu qu'elle soit déterminable conformément à l'article 190 AUS. C'est le cas de l'hypothèque garantissant le solde d'un compte courant. Les éléments permettant de rendre la créance déterminable sont par exemple le montant maximal garanti ou la durée de l'octroi du crédit. Cette extension du domaine des créances garanties qui résulte de la réforme de l'hypothèque est à même, selon certains, d'améliorer l'attractivité de l'hypothèque

Le régime de droit commun est celui de l'hypothèque conventionnelle, mais il y a également des régimes spéciaux propres aux hypothèques légales et à l'hypothèque judiciaire. Ces hypothèques dites spéciales ne le sont que sur les points qui dérogent au régime de droit commun conformément à l'article 191 qui dispose : « Sauf disposition contraire, les règles applicables aux hypothèques conventionnelles s'appliquent également aux hypothèques forcées ».

SECTION 1 : LE REGIME DE DROIT COMMUN : L'HYPOTHEQUE CONVENTIONNELLE

P. 1. La constitution de l'hypothèque

L'hypothèque est un contrat conclu entre le créancier qui bénéficie de la sûreté et le constituant qui la concède sur un ou plusieurs de ses immeubles. Il peut s'agir du débiteur ou d'un tiers. On parle, dans ce dernier cas, de caution réelle et plus précisément de caution hypothécaire dont le régime emprunte aussi bien à celui du cautionnement qu'à celui de l'hypothèque.

L'hypothèque est constituée pour garantir une créance. La créance garantie est le plus souvent une créance présente c'est-à-dire concomitante à la constitution de l'hypothèque. Il peut également s'agir d'une créance future (art. 190) ou d'une créance antérieure. Mais, dans cette dernière hypothèse, la constitution de l'hypothèque peut donner lieu à quelques difficultés si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. Il résulte de l'article 68 de l'AUPCAP que l'hypothèque consentie par le débiteur pour dette antérieure est déclarée inopposable lorsqu'elle l'a été pendant la période suspecte.

La constitution de l'hypothèque est soumise aux conditions générales de formation des contrats et surtout à des conditions particulières qui concernent les parties au contrat et le contrat lui-même.

A. Les parties au contrat d'hypothèque

Le contrat d'hypothèque se forme entre le créancier bénéficiaire et le constituant.

1. Le créancier

La situation du créancier hypothécaire n'appelle pas d'observation particulière. Tout créancier peut se faire consentir une hypothèque pour sûreté de sa créance. Il faut toutefois réserver les cas où la demande de constitution est formulée alors que le débiteur est en difficulté. La sûreté constituée pourrait être annulée pour constitution en période suspecte.

2. Le constituant

Le constituant est celui qui consent une hypothèque sur l'immeuble lui appartenant. Il peut s'agir du débiteur ou d'un tiers, qui est alors appelé caution réelle.

Le constituant doit être titulaire du droit hypothéqué. L'article 203 de l'AUS dispose à cet effet que « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer ». Lorsqu'il s'agit d'un droit de propriété, il doit apporter la preuve de la propriété c'est-à-dire, en pratique, fournir le titre foncier qui constitue la preuve de propriété dans la plupart des droits nationaux. L'hypothèque constituée sur la chose d'autrui est nulle sauf si le tiers est détenteur d'un mandat donné par acte notarié lorsque cette forme est exigée pour la constitution de l'hypothèque (**Voir en ce sens : Cour d'Appel de Bobo – Dioulasso,**

Chambre civile et commerciale, arrêt n°81 du 05 mai 2003, BIB C/ O. K. et O. D., www.ohada.com, ohadata J-04-193).

Le constituant doit avoir la capacité et le pouvoir de constituer l'hypothèque. S'agissant de la capacité, la conclusion d'un contrat d'hypothèque peut, en cas de non paiement de la dette, aboutir à la vente de l'immeuble et donc à la diminution de son patrimoine. C'est pourquoi la loi pose quelques règles pour protéger le constituant. On applique ici les règles générales d'incapacité pour les mineurs et les majeurs sous protection. La plupart des législations prévoient que le tuteur ne peut hypothéquer les biens du mineur ou du majeur sous protection sans autorisation du conseil de famille ou du juge. Quant au pouvoir pour constituer une hypothèque, le problème se pose surtout en matière de régimes matrimoniaux, de droit des sociétés et dans l'hypothèse d'une entreprise en difficultés.

Pour ce qui est des régimes matrimoniaux et en ce qui concerne l'hypothèque donnée par un époux sur les biens communs dans le régime de la communauté, il faut ici se référer aux règles applicables dans les différents Etats en la matière. Le pouvoir de l'un des époux ou du mari de constituer seul une hypothèque sur les immeubles de la communauté varie suivant les différentes législations nationales.

S'agissant du droit des sociétés, le problème pourra se poser notamment à l'égard des dirigeants sociaux ; il faut parfois déterminer s'ils ont le pouvoir d'engager les biens sociaux et par conséquent de les donner en garantie.

En cas de procédures collectives, les pouvoirs pour constituer une hypothèque sont également affectés. En cas de règlement préventif, la décision de suspension provisoire des poursuites individuelles qui ouvre la procédure interdit au débiteur la constitution des sûretés (article 11 AUPCAP). En cas de redressement judiciaire, les pouvoirs du débiteur étant limités, l'assistance du syndic est nécessaire pour continuer l'activité et donc pour conclure certains actes tels que la constitution de l'hypothèque (article 52 AUPCAP). Dans l'hypothèse de liquidation des biens, le syndic se substitue au débiteur qui ne peut plus agir (article 53) ; par conséquent, celui-ci n'a plus le pouvoir de consentir une hypothèque. Seul

le syndic dans l'hypothèse où la continuation de l'activité est autorisée pourrait consentir éventuellement une hypothèque si l'obtention d'un crédit est nécessaire. Mais on peut douter de l'utilité pratique de ce pouvoir car l'entreprise est appelée à être liquidée.

B. La formation du contrat d'hypothèque

Le contrat d'hypothèque doit être établi par écrit et il doit être inscrit.

Aux termes de l'article 205 AUS, l'hypothèque conventionnelle peut être établie sous diverses formes mais dans tous les cas il s'agira d'un acte écrit dont la nature dépend des dispositions nationales applicables et plus particulièrement de la loi du lieu de situation de l'immeuble. L'écrit peut prendre suivant les cas, trois formes différentes :

- **acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ;**
- **acte authentique établi par une autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes.**
- **acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.**

Quelle que soit la forme de l'écrit, il devra comporter les éléments relatifs à l'identité des parties, notamment le constituant de l'hypothèque, à la créance garantie et à l'assiette de la garantie (tout en notant que la sûreté peut porter sur les immeubles futurs).

Le contrat doit être inscrit. L'inscription assure la publicité de l'hypothèque. Cette publicité est utile pour les éventuels acquéreurs de l'immeuble qui, à travers elle, peuvent se renseigner sur la situation de l'immeuble, pour les prêteurs de deniers qui peuvent s'assurer de la situation réelle de l'immeuble que l'emprunteur leur donne en garantie et éventuellement pour tous les tiers.

L'inscription de l'hypothèque est une formalité obligatoire prévue par l'article 195 de l'AUS pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires. Cette inscription est faite conformément aux règles de publicité édictées par l'Etat Partie où est situé le bien grevé. Elle sera généralement prise au livre foncier suivant les règles de publicité foncière prévues dans chaque Etat.

Aux termes de l'article 206 de l'AUS et s'agissant de l'hypothèque conventionnelle,

« tant que l'inscription n'est pas faite, l'acte d'hypothèque est inopposable aux tiers et constitue entre les parties une promesse synallagmatique qui les oblige à procéder à la publicité ». Par ailleurs, en l'absence d'inscription de l'hypothèque consentie, le créancier reste chirographaire.

Lorsque l'hypothèque porte sur un démembrement du droit de propriété, l'inscription doit être notifiée par acte extrajudiciaire aux titulaires d'autres démembrements à savoir le propriétaire, le tréfoncier ou le bailleur (art. 195, al. 4).

Certains événements peuvent empêcher que la sûreté régulièrement obtenue soit inscrite. Ainsi, en est-il de la survenance d'une procédure collective. Il ressort de l'article 73 AUPCAP que la décision d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens arrête le cours des inscriptions des sûretés. Par conséquent, l'hypothèque ne peut plus être inscrite. Toutefois, l'inscription d'une hypothèque régulièrement prise peut être renouvelée malgré l'ouverture de la procédure. Par ailleurs, sont inopposables de droit lorsqu'elles sont faites pendant la période suspecte, les inscriptions provisoires d'hypothèques c'est-à-dire les hypothèques judiciaires.

L'inscription donne généralement lieu à la délivrance au requérant, d'un certificat d'inscription. Quant aux tiers, ils peuvent avoir accès à l'état d'inscription des hypothèques en se faisant délivrer, par les services de la conservation foncière, un extrait ou des copies des inscriptions. Il est généralement délivré à cet effet, contre paiement des droits y afférents, soit un certificat d'inscription des droits ou charges, soit un relevé des droits immobiliers.

Quant à ses effets, l'inscription de l'hypothèque lui confère un rang à compter du jour où elle est prise. Autrement dit, l'hypothèque régulièrement publiée prend rang du jour de l'inscription (art. 196 al. 4). Quant à la durée de l'inscription, celle-ci n'a pas un caractère perpétuel. L'inscription a une durée déterminée qui doit être fixée par la convention ou la décision de justice. Cette durée ne peut excéder trente ans à compter du jour où la formalité a été accomplie sauf disposition contraire d'une loi nationale. Il s'agit d'une innovation introduite dans l'AUS. L'effet de l'inscription cesse et on dit qu'il y a péremption,

si l'inscription n'est pas renouvelée avant l'expiration de la durée pour laquelle elle était consentie.

Le renouvellement, lorsqu'il intervient, doit l'être pour une durée déterminée. Il permet de conserver le rang de la sûreté c'est-à-dire que c'est la date de première inscription qui est prise en compte, les événements qui interrompent l'inscription n'ayant pas d'effet comme par exemple la survenance d'une procédure collective.

Il faut toutefois préciser que la durée de l'inscription est différente de la durée de l'hypothèque qui, elle, peut être indéterminée.

Les formalités prévues pour l'inscription doivent être également respectées pour tous les actes relatifs à l'hypothèque c'est-à-dire la transmission, le changement de rang, la subrogation et l'extinction de l'hypothèque (art. 201 de l'AUS).

C. L'objet de l'hypothèque

Si l'hypothèque grève nécessairement un immeuble, l'immeuble, en tant qu'une chose peut lui-même faire l'objet de différents droits immobiliers. A travers l'immeuble, ce sont en réalité ces droits qui sont hypothéqués.

Il convient donc de faire des précisions sur les droits immobiliers susceptibles d'hypothèque et sur les immeubles susceptibles d'être hypothéqués.

1. Les droits immobiliers susceptibles d'hypothèque

Tous les droits réels immobiliers sont susceptibles d'hypothèque. C'est ce que l'on peut déduire de l'article 192 de l'AUS qui dispose que : « Peuvent faire l'objet d'hypothèque (...) les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles de l'Etat partie ». Ainsi, le droit de propriété et les démembrements du droit de propriété peuvent être hypothéqués. Mais on peut s'interroger sur le sort de certains droits immobiliers spécifiques.

- Le droit de propriété.

- **Les droits réels démembrés.** L'art. 122 AUS prévoit expressément que l'hypothèque peut porter sur différents droits démembrés :

- l'usufruit qui est le droit d'user et de jouir d'un bien à charge d'en conserver

la substance. Dans ce cas, l'hypothèque n'est valable que pendant la durée de l'usufruit ;

- le droit de superficie qui confère au bénéficiaire le droit de posséder des constructions, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui ou d'être autorisé à le faire.
- le bail emphytéotique, encore appelé emphytéose et qui est un bail dont la durée est généralement comprise entre 18 et 99 ans. La durée de l'hypothèque est égale, au maximum, à celle du bail.
- ou le bail à construction, bail de longue durée qui confère au preneur un droit réel immobilier avec l'obligation d'édifier des constructions sur le terrain loué, ces édifices devant être transférés en tout ou partie au bailleur. L'hypothèque peut porter aussi sur la nue-propriété. En revanche, elle ne peut être établie ni sur un droit d'usage ni sur une servitude active, ni sur un droit de mitoyenneté.

L'hypothèque peut aussi porter sur **les droits immobiliers spécifiques**. Il s'agit des droits qui ne sont pas constitutifs de droits réels immobiliers classiques mais qui confèrent aux bénéficiaires des prérogatives qui s'en rapprochent plus ou moins. C'est le cas des bénéficiaires de concession sur le domaine national.

Les droits hypothéqués peuvent être des droits conditionnels ou indivis.

L'hypothèque peut donc être constituée sur des droits conditionnels, des droits soumis à résolution ou des droits susceptibles de rescision. Elle se trouve dans ce cas affectée de la même condition suspensive ou résolutoire que le droit lui-même lorsque la condition se réalise. Par exemple, lorsque l'hypothèque est constituée sur un bail emphytéotique soumis à une condition résolutoire, la réalisation de cette condition anéantit rétroactivement l'hypothèque constituée sur ce droit.

L'hypothèque peut être également consentie sur les droits indivis. L'indivision suppose que le bien appartient à plusieurs personnes, chacune ayant droit à une quote-part du bien mais sans avoir de droit privatif sur une part tant que le partage n'a pas eu lieu. L'indivision n'empêche pas, si les autres conditions sont réunies, que le bien soit hypothéqué. L'article 194 de l'AUS comporte les règles applicables à l'hypothèque des biens indivis.

Il faut distinguer plusieurs hypothèses :

***L'hypothèque consentie par tous les indivisaires sur un immeuble indivis.**

Dans ce cas, l'hypothèque conserve son effet quel que soit le résultat du partage, si elle a été consentie par tous les indivisaires.

***L'hypothèque consentie par un indivisaire sur un immeuble indivis.** Dans ce cas, l'hypothèque ne conserve son effet que dans la mesure où l'indivisaire qui l'a consentie est, lors du partage, alloti de l'immeuble indivis ou, lorsque l'immeuble est licité à un tiers, si cet indivisaire est alloti du prix de la licitation.

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

L'hypothèque ne peut porter que sur un immeuble par nature, bâti (maison, usine, etc.) ou non bâti (terrain nu, plantation, etc.). L'immeuble par destination c'est-à-dire un meuble affecté à un immeuble auquel il s'incorpore ne peut pas, pris isolément, être grevé d'une sûreté. Cet immeuble doit être dans le commerce c'est-à-dire être disponible. Ne peuvent donc être hypothéqués les immeubles inaliénables ou insaisissables (exemples : immeubles du domaine public, biens de famille, immeubles frappés d'une clause d'inaliénabilité). L'immeuble doit être également immatriculé conformément à l'article 192 qui dispose que : « sauf disposition contraire, seuls les immeubles présents et immatriculés peuvent faire l'objet d'hypothèque ».

La sûreté immobilière peut s'étendre aux accessoires grevant l'immeuble s'ils sont réputés immeubles et s'ils appartiennent au même propriétaire (servitudes actives, droits de mitoyenneté, immeubles par destination). De même, les fruits et les produits tant qu'ils sont pendants (fruits non détachés) sont grevés par la sûreté. La sûreté immobilière s'étend également aux termes de l'art. 192 de l'AUS, aux améliorations et constructions survenues à l'immeuble. Est amélioration tout ce qui est ajouté au support fondamental originaire. Exceptionnellement, l'art. 197 al.3 prévoit que la sûreté peut porter sur les biens

substitués ou sur les sommes représentant la valeur de l'immeuble (exemples : l'indemnité versée en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'indemnité versée par l'assureur en cas d'incendie de l'immeuble hypothéqué lorsqu'une assurance-incendie a été souscrite).

P. 3 : Les effets de l'hypothèque

Ils doivent être envisagés successivement dans les rapports entre le créancier et le constituant, dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers et enfin dans les rapports entre le créancier hypothécaire et le tiers détenteur.

A- Dans les rapports entre le créancier et le constituant

Tant que la valeur de l'immeuble grevé n'est pas apparue ou que la réalisation de cet immeuble n'est pas amorcée, le créancier est protégé contre les actes du constituant qui diminueraient la valeur du droit grevé. Lorsque la réalisation forcée de l'immeuble est engagée, des obligations plus importantes pèsent sur le constituant dans le but de préserver les droits désormais acquis du créancier. Il faut donc distinguer les effets avant et après la réalisation.

***Les effets avant la réalisation de l'hypothèque**

Deux principes contradictoires gouvernent cette période : d'une part, il faut réduire au maximum la gêne du constituant qui reste en possession de l'immeuble afin qu'il puisse l'exploiter ; d'autre part, il faut préserver la valeur du bien, puisqu'elle est affectée au créancier en garantie de sa créance. Le débiteur ne doit rien faire qui diminue cette valeur. Ses prérogatives seront désormais limitées. Il doit jouir du bien en bon père de famille. Son abus est limité par l'interdiction d'aliéner les produits ou de détruire les biens. Ainsi, le propriétaire de l'immeuble :

- 1 Peut continuer à habiter ou à exploiter l'immeuble, en percevoir les revenus (ex : loyers et revenus locatifs) et les fruits naturels (récoltes d'une plantation);
- 2 Peut consentir les baux mais d'une durée limitée ;
- 3 Ne doit pas entreprendre les travaux qui diminueraient la valeur de l'immeuble ou entreprendre tout acte ayant le même effet : extraction de gravier s'il s'agit d'une carrière ; coupe de bois s'il s'agit d'une forêt.

En fin de compte, le propriétaire de l'immeuble hypothéqué ne peut, au détriment des droits du créancier, faire aucun acte de disposition matérielle ou juridique qui, directement ou par sa nature, aurait pour conséquence de diminuer la valeur de l'immeuble. Le créancier peut surveiller les actes matériels du constituant et solliciter toutes les mesures conservatoires lui permettant d'éviter que des fractions d'immeuble ne disparaissent ou que leur prix ne soit versé au constituant.

Mais les actes de vente ou de constitution des droits réels postérieurs à l'hypothèque ne peuvent nuire au créancier qui bénéficie du droit de suite et du droit de préférence. Dans la pratique pourtant, les créanciers interdisent parfois aux débiteurs l'accomplissement de tout acte postérieur à la constitution d'hypothèque tels que la constitution de bail, la délégation des loyers, la constitution de nouvelles sûretés, etc. Il s'agit parfois de clauses abusives qui pourraient être dénoncées par le débiteur ou le constituant.

***Les effets lors de la réalisation de l'hypothèque**

Le créancier non payé met en œuvre la sûreté dont il bénéficie. Alors que l'AUS dans sa version antérieure ne prévoyait qu'un seul mode de réalisation à savoir la vente sur saisie immobilière, le créancier disposait désormais de trois moyens différents de réalisation : la vente par voie de saisie immobilière, l'attribution conventionnelle et l'attribution judiciaire de l'immeuble.

- La vente par voie de saisie immobilière

La saisie de l'immeuble hypothéqué en vue de sa réalisation est le principal moyen offert au créancier lorsque le débiteur ne s'exécute pas. Le produit de la réalisation servira à désintéresser le créancier hypothécaire et éventuellement d'autres créanciers.

La procédure de saisie proprement dite relève des voies d'exécution telles qu'organisées par l'AUPSRVE aux articles 246 et suivants (saisie immobilière) auxquelles les parties ne peuvent déroger, dans la convention d'hypothèque.

L'ouverture d'une procédure collective modifie les conditions de réalisation de l'hypothèque prévues par l'AUPSRVE.

- **L'attribution judiciaire:** L'article 198 issu de la réforme de l'AUS dispose que « A moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement ». Le droit OHADA admet donc que le créancier impayé puisse obtenir en justice l'attribution de l'immeuble hypothéqué comme en matière de gage. La condition préalable à l'attribution judiciaire est l'évaluation de l'immeuble par un expert. Celui-ci sera désigné soit à l'amiable par le débiteur et le créancier, soit par le juge saisi par l'un des parties (art. 200 de l'AUS). La seule limite à l'attribution judiciaire concerne le cas où l'immeuble objet de l'hypothèque constitue la résidence principale du constituant c'est-à-dire sert de logement pour lui et sa famille. En dehors de cette exception, tout créancier hypothécaire peut demander l'attribution judiciaire de l'immeuble donné en garantie. Le juge saisi est en principe tenu de la prononcer sans pouvoir juger de l'opportunité de la demande. L'immeuble est attribué au créancier a dû concurrence de sa créance. C'est la raison pour laquelle l'article 200 nouveau al. 2 prévoit que si la valeur excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence et s'il existe d'autres créanciers hypothécaires, la somme doit être consignée. On peut toutefois s'interroger sur les moyens qui garantiront le paiement de cette différence au constituant.

* **L'attribution conventionnelle:** Elle est prévue et organisée par l'article 199 nouveau de l'AUS qui dispose : « A condition que le constituant soit une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit mobilier et que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation, il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. A l'issue d'un délai de trente jours suivant une mise en demeure de payer par acte extra-judiciaire demeurée sans effet, le créancier pourra faire constater le transfert de propriété dans un acte établi selon les formes requises par chaque Etat Partie en matière de transfert d'immeuble ». Cette disposition est quasiment identique à l'article 2459 C.Civ. français tel qu'issu de l'ordonnance du 23 mars 2006. Le droit OHADA admet donc désormais le pacte comissoire qui est la convention selon laquelle les parties décident que le bien sera attribué au créancier en cas de défaillance du débiteur.

Elle était déjà reconnue en matière mobilière.

53. Il résulte de l'article 199 précité, les précisions quant au domaine et aux modalités de l'attribution.

S'agissant du domaine et contrairement à l'attribution judiciaire qui peut être mise en œuvre par tous les créanciers, l'attribution conventionnelle est doublement limitée quant aux constituants et aux immeubles concernés. Pour ce qui est des constituants, cette procédure ne peut concerner que les constituants (débiteurs ou tiers) qui sont des personnes morales ou des personnes physiques immatriculées (commerçants ou entrepreneurs). Précisément, seuls les immeubles donnés en hypothèque par ces personnes peuvent faire l'objet d'attribution judiciaire. Elle ne peut donc être mise en œuvre sur les immeubles des autres débiteurs ou constituants personnes physiques. Pour ce qui est des immeubles concernés ou précisément de leur destination, l'attribution conventionnelle ne peut pas porter sur des immeubles à usage d'habitation. Ceci exclut non seulement ceux servant de résidence du constituant (qu'il s'agisse de la résidence principale ou secondaire) mais aussi tous les autres immeubles destinés à l'habitation qu'ils soient ou non occupés ou qu'ils soient occupés par des tiers (cas des immeubles mis en location). Seule importe donc la destination de l'immeuble.

Pour ce qui est des modalités ou de la mise en œuvre, l'attribution judiciaire comprend plusieurs étapes. Elle doit d'abord être convenue préalablement dans la convention d'hypothèque. Elle ne saurait donc résulter d'une convention ultérieure ou d'un avenant à la convention principale – contrairement à l'attribution judiciaire pour laquelle le créancier peut opter seulement après la défaillance du débiteur. C'est sur la base de cette convention que le créancier pourra, en cas de défaillance, opter soit pour la saisie, soit pour l'attribution de l'immeuble. Ensuite, le créancier doit, en cas de défaillance, adresser une mise en demeure de payer au débiteur. Il ne peut agir que si cette mise en demeure est restée sans effet à l'issue d'un délai de trente jours. Enfin, le créancier doit faire constater le transfert de propriété. Autrement dit, un acte de propriété doit être établi en son nom suivant les formes requises par la loi nationale en matière de transfert d'immeuble. Dans la plupart des pays de l'OHADA, le transfert de propriété s'établissant par un acte notarié, le

notaire devra intervenir de nouveau pour établir le titre de propriété au nom du créancier. Il faut ajouter que, comme en ce qui concerne l'attribution judiciaire, l'intervention de l'expert est nécessaire pour l'évaluation de la valeur de l'immeuble. Il pourra être désigné soit d'accord partie soit judiciairement. Cette intervention peut être source de coût et de longueur supplémentaire de la procédure. Comme en matière d'attribution judiciaire, l'attribution conventionnelle de l'immeuble si elle éteint la créance, peut rendre le créancier hypothécaire débiteur de la soulte si la valeur de l'immeuble qui lui a été transférée est supérieure à la somme qui lui était due.

B. Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les autres créanciers : le droit de préférence

L'hypothèque confère à son titulaire un droit de préférence par rapport aux autres créanciers (art. 197). Aux termes de l'art. 225 3° de l'AUS, le créancier hypothécaire vient en troisième rang sur le prix de vente de l'immeuble ; il est primé par le privilège des frais de justice et les créances de salaires superprivilégiées, mais il prime lui-même d'autres créanciers notamment les créanciers chirographaires. Entre les créanciers hypothécaires, tous bénéficiaires d'une créance hypothécaire, c'est la date d'inscription qui est prise en compte pour le classement des créanciers et non la date de naissance de la créance garantie. En cas d'inscription de l'hypothèque le même jour, la préférence devrait être accordée au titre le plus ancien. Mais, dans la pratique parfois, puisque l'on ne mentionne pas l'heure de l'inscription, les inscriptions effectuées le même jour viennent en concours sans considération de l'ancienneté du titre.

Le droit de préférence s'exerce sur le prix de la vente de l'immeuble. Peu importe que la vente soit amiable ou faite aux enchères. Il s'exerce aussi sur toute somme représentant la valeur de l'immeuble telle qu'une indemnité d'assurance ou d'expropriation. Le droit de préférence garantit le principal, les frais et trois ans d'intérêts au même rang. Pour les intérêts non couverts, le créancier peut prendre des inscriptions particulières portant

hypothèques à compter de leurs dates.

C- Dans les rapports entre le créancier hypothécaire et les tiers détenteurs : le droit de suite.

Le droit de suite prévu par l'article 197 de l'AUS signifie que le créancier hypothécaire inscrit, tant qu'il n'a pas été payé totalement de sa créance, peut faire saisir l'immeuble entre les mains de celui auquel il a été cédé pour le faire vendre et se faire payer sur le prix. Aux termes de l'art. 223 al. 2 AUS, « le droit de suite s'exerce contre tout tiers détenteur de l'immeuble dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque ». Le tiers détenteur est généralement un acquéreur, c'est-à-dire un acheteur, un donataire ou un légataire particulier. Il peut s'agir aussi d'un ayant cause à titre universel tel un héritier non tenu personnellement à la dette et dont le droit est né après la constitution de l'hypothèque.

Si la cession a été faite à titre onéreux et que le prix n'a pas encore été payé c'est-à-dire dans l'hypothèse d'une vente de l'immeuble faite à crédit, au lieu de saisir l'immeuble, le créancier pourrait plutôt chercher à se faire payer en priorité selon son rang sur le montant qui est dû par l'acquéreur au vendeur. Dans ce cas, c'est la mise en œuvre du droit de préférence qui lui permet en réalité d'être payé.

Dans certains cas, la loi décide que le droit de suite ne s'exerce pas contre le tiers acquéreur. Il en est ainsi en cas de vente sur saisie immobilière ou de vente aux enchères qui emporte automatiquement purge des hypothèques. Le droit de suite est également exclu en cas d'aliénation d'éléments séparés de l'immeuble qui deviennent alors meubles par nature. Exemple: les récoltes coupées ou les matériaux issus de la démolition de l'immeuble.

La mise en œuvre du droit de suite prend obligatoirement la forme d'une procédure de saisie immobilière mais qui connaît quelques aménagements destinés à protéger le tiers acquéreur : il est protégé contre la vente forcée, il peut mettre en œuvre la procédure de

purge et il peut délaisser l'immeuble.

*** La protection contre la vente forcée**

Le tiers acquéreur est protégé contre la vente forcée que lui impose le créancier hypothécaire :

- Il peut invoquer les exceptions et moyens de défense liés à la dette garantie (paiement, prescription, nullité) ou à l'hypothèque.

- Il peut également opposer l'exception de garantie que peut lui devoir le créancier poursuivant, puisque <<qui doit garantie ne peut évincer>>.

- Il peut opposer le bénéfice de discussion. Le tiers détenteur peut retarder les poursuites contre lui jusqu'à la preuve que le débiteur n'a pas d'autres immeubles hypothéqués à la même dette susceptibles de saisie. Mais, cette protection est limitée, ses conditions de mise en œuvre étant restrictives.

- Il peut invoquer la faculté de payer qui lui est faite au début de la procédure en se fondant sur l'article 223 al.2 de l'AUS qui permet au tiers détenteur de désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance en disposant que : « Bien que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette, il peut désintéresser le créancier poursuivant du montant intégral de sa créance, en capital, intérêts et autres accessoires, en se subrogeant à lui ». Le tiers adoptera cette solution s'il n'a pas encore payé le débiteur vendeur du montant de la créance et si celui-ci suffit pour payer les créanciers. Il pourra même payer une seconde fois si l'opération est plus avantageuse pour lui. Et lorsqu'il a payé, il est subrogé, dans les droits du créancier principal contre le débiteur et bénéficie des sûretés que le créancier s'était fait éventuellement consentir.

*** La faculté de délaisser l'immeuble**

S'il ne veut ou ne peut payer la dette, le tiers détenteur peut délaisser l'immeuble c'est-à-dire faire abandon de la détention mais le délaissement n'est possible que si le prix est insuffisant pour payer les créanciers. Il peut donc être rétracté à tout moment contre le paiement des créanciers jusqu'à l'adjudication.

***La procédure de purge**

Elle permet de libérer l'immeuble des sûretés qui le grèvent. Par cette procédure,

l'acquéreur paie aux créanciers, de manière anticipée dès l'acquisition de l'immeuble ou après l'exercice du droit de suite, les sommes représentant la valeur réelle de l'immeuble ce qui lui permet de garder l'immeuble et d'obtenir ainsi l'extinction et la radiation de toutes les hypothèques. Elle suppose évidemment que le prix n'ait pas déjà été payé au débiteur. Elle est obtenue même si le prix offert ne permet pas de désintéresser tous les créanciers.

P 4. La transmission de l'hypothèque

58. En sa qualité d'accessoire à la créance, l'hypothèque suit normalement le sort de cette dernière. Elle est donc transmise en principe à titre accessoire mais elle peut l'être également à titre principal et dans ce cas, elle permet d'affecter la sûreté à la garantie d'une autre créance.

*** La transmission à titre accessoire:** L'hypothèque se transmet normalement avec la créance, transmission qui peut être à titre universel ou à titre particulier, par exemple en cas de legs ou de cession de créance. La transmission peut également se faire par subrogation légale ou conventionnelle. Quant à la formalité de transmission, l'art. 201 de l'AUS prévoit qu'elle peut se faire par acte notarié ou par acte sous seing privé suivant un modèle conforme aux règles de l'Etat partie concerné. La transmission doit être également publiée.

*** La transmission à titre principal:** Elle peut se faire par plusieurs procédés qui relèvent des mécanismes classiques de transmission des obligations mais la subrogation et la cession d'antériorité sont des mécanismes assez particuliers.

- La cession d'antériorité. C'est la convention par laquelle deux créanciers inscrits sur le même immeuble décident d'intervertir leurs rangs respectifs. Une telle convention qui ne saurait nuire aux tiers ne peut donc valoir que dans la limite de la plus faible des deux sommes garanties. Ainsi, le cessionnaire n'est classé au rang avantageux qu'il a acquis que dans la mesure où la créance du cédant n'est pas éteinte et seulement dans la limite de son montant et dans la limite du montant de sa propre créance. Si la somme due au cessionnaire est inférieure à la créance du cédant, ce dernier est colloqué au rang qu'il a cédé pour la différence. La cession d'antériorité n'est soumise à aucune formalité

particulière sauf qu'elle doit être passée dans la même forme que le contrat constitutif d'hypothèque et qu'elle doit être publiée conformément à l'article 201 de l' AUS.

-La subrogation dans la sûreté: C'est la convention par laquelle le titulaire de la sûreté concède les droits qui en découlent à une autre personne pour garantir une autre créance qu'a cette dernière sur le propriétaire de l'immeuble grevé. Il ne s'agit donc pas d'une véritable subrogation réelle, mais de la mise à la disposition du subrogé de la sûreté réelle appartenant au subrogeant, d'une substitution dans le bénéfice de cette sûreté. La convention n'est soumise à aucune formalité particulière mais doit être passée dans les mêmes formes que l'acte constitutif d'hypothèque et publiée (article 201 de l' AUS). Les droits du subrogé sont subordonnés à la créance du subrogeant qui reste le support de la sûreté. Il ne peut donc faire valoir son droit de préférence au-delà de la somme due à ce dernier. Si la créance du subrogeant s'éteint, les droits du subrogé s'éteignent corrélativement.

P. 5 : L'extinction de l'hypothèque

L'hypothèque conventionnelle ou judiciaire peut s'éteindre accessoirement à l'extinction de la créance garantie. Elle peut s'éteindre également à titre principal.

* **L'extinction à titre accessoire:** La créance garantie peut s'éteindre par le paiement ou par tout autre moyen. Dans ce cas, l'hypothèque, en tant qu'accessoire de la créance, s'éteint par extinction de l'obligation principale. Mais il faut rapporter la preuve ce paiement, à défaut, l'hypothèque n'est pas éteinte. Le paiement pur et simple sans subrogation éteint la créance et donc l'hypothèque mais ce paiement doit être total car l'indivisibilité de l'hypothèque impose son maintien en cas de paiement partiel pour le reliquat. De même, tout acte ou évènement qui a pour effet d'éteindre la créance garantie, que son titulaire obtienne ou non satisfaction fait disparaître l'hypothèque. Il en est ainsi de la prescription, de la compensation, de la remise de dette, etc.

*** L'extinction à titre principal**

L'hypothèque peut s'éteindre indépendamment de la créance principale pour plusieurs raisons dont les principales, énumérées par l'article 201 de l'AUS sont : la renonciation à

l'hypothèque, la péremption de l'inscription et la purge de l'hypothèque. On peut y ajouter la perte du droit hypothéqué.

- **La renonciation à l'hypothèque:** Le créancier peut renoncer à l'hypothèque sans renoncer à sa créance. La renonciation peut s'expliquer par exemple par l'inutilité de la sûreté. C'est un acte unilatéral qui requiert de son auteur la libre disposition de la créance garantie et la capacité d'aliéner le droit immobilier. La renonciation doit être établie dans la même forme que l'acte constitutif de l'hypothèque et publiée (art.201 AUS).

- **La péremption de l'inscription de l'hypothèque:** L'inscription de l'hypothèque n'est pas perpétuelle. Elle est prise pour une durée déterminée qui ne peut être supérieure à trente ans sauf disposition contraire d'une loi nationale. Son non renouvellement entraîne sa péremption. Même lorsque l'inscription a été prise pour une durée indéterminée, elle se périme au bout de trente ans. Cette péremption doit être attestée, sous sa responsabilité, par le conservateur du registre de la publicité immobilière. L'attestation doit mentionner qu'aucune prorogation ou nouvelle inscription n'affecte la péremption.

Quant à son effet sur l'existence de l'hypothèque, la péremption ne vaut pas extinction de l'hypothèque mais seulement inopposabilité de celle-ci. Le créancier pourrait procéder à une nouvelle inscription dont le rang ne rétroagit pas toutefois à celle de la première inscription.

- **La purge de l'hypothèque**

L'hypothèque est éteinte en cas de purge. Celle-ci doit résulter du procès verbal d'adjudication sur expropriation forcée et du paiement ou de la consignation de l'indemnité d'expropriation pour cause d'utilité publique. Peu importe que le prix ou l'indemnité obtenue soit suffisant pour désintéresser tous les créanciers inscrits.

- **La perte du droit hypothéqué**

Cette cause d'extinction est difficilement envisageable lorsque le droit hypothéqué est le droit de propriété mais elle est possible pour d'autres droits comme l'usufruit, le droit de

superficie ou le bail emphytéotique qui peuvent avoir une durée limitée. De même, l'annulation de la convention à l'origine de ces droits peut entraîner leur perte et par conséquent l'extinction de l'hypothèque qui était constituée.

Par contre, il n'y a pas perte de droit en cas de destruction ou de dégradation des constructions ayant pour effet de rendre l'immeuble hypothéqué insuffisant pour garantir la créance. L'article 222 de l'AUS prévoit que, dans ce cas, le créancier peut obtenir soit la déchéance du terme, soit une autre hypothèque.

CHAPITRE 3 : LES SURETES MOBILIERES : GAGES ET NANTISSEMENTS

Même si elles ne sont pas les seules sûretés mobilières, le gage et le nantissement en constituent les principales et surtout elles ont en commun certains éléments. La réforme de l'AUS a entraîné de nombreuses modifications à leur régime.

SECTION I : LE GAGE

Le gage est le contrat par lequel le constituant - débiteur ou tiers - 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 (art. 92 AUS). Le gage s'oppose au nantissement qui est 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.

A côté du régime général du gage, il est prévu des règles spéciales pour certaines formes de gage.

P.1: LE REGIME GENERAL DU GAGE

Il faut envisager la formation, les effets et l'extinction du gage.

A. La formation du contrat de gage

La constitution du gage requiert certaines conditions et doit suivre certaines formalités.

1 Les conditions

Elles ont trait à l'objet du gage et à la créance garantie.

- **La créance garantie** : Aux termes de l'article 93, le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances peu importe qu'elles soient présentes ou futures. La garantie de créances futures est une innovation introduite dans l'AUS. La seule limite à la garantie des créances futures est qu'elles soient déterminées ou déterminables. La créance peut exister à l'égard du constituant ou d'un tiers dont le constituant se porte caution réelle.

- **L'objet du gage** : Tout bien mobilier corporel, pourvu qu'il soit dans le commerce, qu'il ne soit pas inaliénable et indisponible peut être donné en gage. Le bien peut être présent ou futur. Lorsque le gage porte sur des biens présents, ces biens doivent appartenir au constituant. A défaut, le créancier gagiste de bonne foi, peut, en application de l'article 95 AUS, s'opposer à la revendication du véritable propriétaire dans les conditions prévues par l'article 2279 C.Civ.

Le gage peut porter sur un bien isolé ou sur un ensemble de biens. Le gage peut également porter, aux termes de l'article 94 sur des sommes ou des valeurs déposées à titre de consignation par les fonctionnaires, les officiers ministériels ou toute autre personne pour garantir les abus dont ils pourraient être responsables et les prêts consentis pour la constitution de cette consignation.

Du fait de leur nature, certains biens font l'objet de dispositions particulières quant à leur mise en gage. Il en est ainsi pour les choses fongibles. Les articles 101 et 102 imposent des mesures particulières quant à leur conservation (voir les effets du gage : les obligations des parties).

2. Les formalités

Il s'agit d'une part de l'exigence d'un écrit et d'autre part de la dépossession du constituant ou de l'inscription du contrat au RCCM. L'exigence de l'enregistrement du contrat a disparu alors qu'elle constituait une formalité importante du contrat de gage.

- L'exigence d'un écrit

L'article 96 AUS dispose « A peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». L'écrit n'est plus seulement une condition de preuve du gage, mais une condition de validité. C'est d'ailleurs la seule condition de validité.

- La dépossession ou l'inscription du contrat au RCCM

Aux termes de l'article 97 AUS, le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par l'inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par la remise du bien gagé entre les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu entre les parties. Désormais, la dépossession du constituant n'est qu'une modalité du gage, une condition d'opposabilité qui peut être remplacée par l'inscription du contrat au RCCM. Celle-ci sera faite suivant les règles prévues pour l'inscription des sûretés au RCCM, conformément aux articles 51 et suivants de l'AUS. L'inscription est prise par le constituant, le créancier ou l'agent des sûretés auprès de la juridiction compétente sur présentation des différents documents exigés par la loi. Des mesures particulières ont été prises pour protéger le créancier gagiste contre les risques qu'il encourt du fait de l'absence de dépossession du constituant.

Lorsque plusieurs gages successifs sans dépossession ont été constitués sur le même bien, le rang des créanciers est déterminé par l'ordre de leur inscription (art. 107). Par contre, lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il a été régulièrement publié et ce, nonobstant le droit de rétention de ce dernier (art. 107 al.2).

B. Les effets du gage

Avant la réalisation du gage, le créancier gagiste ou le constituant suivant le cas sont tenus de diverses obligations et bénéficient de quelques prérogatives. En cas de non paiement de la dette à l'échéance, le gage sera réalisé.

1. Les obligations et prérogatives des parties

Les parties au contrat de gage bénéficient de plusieurs prérogatives mais sont également tenues de certaines obligations relatives au bien remis ou conservé à titre de gage. Si les obligations et prérogatives concernent principalement le créancier gagiste qui a reçu le bien objet du gage, elles concernent aussi, dans le cas du gage sans dépossession, le constituant du gage.

*** Les prérogatives du créancier gagiste sont le droit de rétention, le droit de suite et le droit de préférence.**

Le droit de rétention est reconnu expressément au gagiste par l'article 99 AUS qui dispose que « Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste peut, sous réserve de l'application de l'article 107, alinéa 2 du présent Acte uniforme, opposer son droit de rétention sur le bien gagé, directement ou par l'intermédiaire du tiers convenu, jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et autres accessoires, de la dette garantie ». L'article 100 ajoute que « s'il a été dessaisi contre sa volonté, le créancier peut revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi ». Le droit de rétention peut être opposé au constituant même si le bien est entre les mains d'un tiers. Il peut l'être également aux acquéreurs de la chose ou aux créanciers du constituant. Quant au droit de suite, le créancier gagiste, en cas de dépossession, en bénéficie comme le créancier hypothécaire. En tant que possesseur, il peut aussi opposer son droit aux acquéreurs successifs et, surtout, s'il est dépossédé involontairement de la chose, il peut la revendiquer comme un possesseur de bonne foi. C'est ce que prévoit l'article 100 AUS. Pour ce qui est du droit de préférence, le créancier gagiste en bénéficie sur le prix de la chose vendue (article 104). Ce droit de préférence se reporte sur l'indemnité qui lui est substituée en cas de perte ou de destruction de l'objet du gage. Il couvre non seulement le principal de la dette mais aussi les intérêts et les frais. Il s'exerce conformément à l'article 226 AUS dont il

ressort que les créanciers gagistes sont classés en quatrième position sur le prix de vente des meubles après les frais de justice, les frais de conservation et les créances de salaire superprivilégiés. Entre les créanciers gagistes, l'ordre de paiement dépend de l'ordre d'inscription du gage et, en l'absence d'inscription, de l'ordre de constitution des différents gages.

*** Les obligations des parties sont principalement le non usage, l'obligation de conservation et l'obligation de restitution.**

- **Le non usage** : Lorsque le gage emporte dépossession, le créancier gagiste ne peut user de la chose donnée en gage ni en percevoir les fruits. La solution est fondée sur l'article 103 AUS qui rapproche le créancier gagiste du dépositaire qui reçoit une chose en dépôt. La règle n'est cependant pas d'ordre public. S'il est autorisé à percevoir les fruits, il doit les imputer sur les intérêts qui peuvent lui être dus et à défaut sur le capital de la dette.

- **L'obligation de conservation**: Elle pèse aussi bien sur le créancier gagiste ou le tiers en cas de gage avec dépossession que sur le constituant en cas de gage sans dépossession.

Le créancier gagiste ou le tiers doit conserver et en bon état, le bien qui lui est remis (art. 108). Cela s'explique par le fait qu'à l'échéance et en cas de paiement, il est tenu de restituer le bien au propriétaire. De ce fait, il est tenu responsable en cas de perte ou de détérioration de la chose due à sa faute (ex. du fait de la négligence). Il doit conserver la chose et lui apporter les soins qu'elle nécessite. Toutefois, il ne supporte pas en principe les frais qui en découlent puisqu'il doit être remboursé des dépenses utiles et nécessaires faites pour la conservation qu'on appelle aussi les impenses (article 113 AUS). La conservation n'emporte pas nécessairement l'obligation de faire assurer la chose. La méconnaissance des obligations de conservation entraîne la responsabilité du créancier gagiste.

- **L'obligation de restitution**: Elle ne s'impose qu'en cas de gage avec dépossession. Le créancier gagiste ou le tiers convenu est tenu de restituer la chose lorsque, à l'échéance, la créance garantie a été entièrement payée en capital, intérêts et accessoires (article 113 AUS). La restitution porte sur les biens remis ainsi que les accessoires et les fruits ou produits perçus sur le bien et sur les sommes venues en remplacement ou les objets

substitués. S'il s'agit de choses fongibles, le créancier doit remettre la même quantité de choses de même nature.

Le défaut de restitution, la restitution incomplète ou le retard dans la restitution entraîne la responsabilité contractuelle du créancier ou du tiers convenu. Le défaut de restitution peut également être sanctionné pénalement pour détournement de gage par application de certaines dispositions pénales.

2. La réalisation du gage

Lorsque le débiteur ne paye pas à l'échéance, le créancier peut continuer à exercer son droit de rétention lorsque le gage a été constitué avec dépossession. Mais, pour obtenir paiement, il doit réaliser le gage. Il bénéficie pour cela d'une option : faire vendre la chose ou en demander l'attribution judiciaire. Les parties peuvent également, dans certains cas, convenir de l'attribution conventionnelle du bien au créancier.

- **La vente forcée:** Elle est prévue par l'article 104 AUS qui dispose : « Faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée, huit jours après une sommation faite au débiteur et, s'il y a lieu, au tiers constituant du gage dans les conditions prévues par les dispositions organisant les voies d'exécution auxquelles le contrat de gage ne peut déroger ». Il est expressément rappelé aux parties l'interdiction de déroger aux règles prévues par l'AUPSRVE c'est-à-dire que la clause de voie parée est interdite. Lorsque la vente est réalisée, le créancier exerce son droit de préférence sur le prix de la chose vendue, dans les conditions de l'article 226 AUS.

- **L'attribution judiciaire du gage:** L'article 104 al.2 AUS permet au créancier gagiste de faire ordonner en justice que le bien grevé lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance après une estimation faite par expert ou suivant les cours pour les biens qui font souvent l'objet de transactions sur les marchés internationaux tels que les matières premières. Cette estimation est destinée à éviter la sous évaluation du bien. Elle ne s'impose donc pas lorsque le gage porte sur des espèces c'est-à-dire sur une somme d'argent. En cas de pluralité de gagistes sur un même bien, il faut admettre que seul le gagiste de premier rang peut demander l'attribution judiciaire.

- **L'attribution conventionnelle du gage:** L'AUS autorise désormais les parties à convenir que le bien pourra être attribué en paiement au créancier gagiste, faute de paiement. Toutefois, l'article 104 al. 3 qui pose le principe, apporte quelques restrictions à son application. Elle n'est possible que dans deux cas : le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. Mais, dans ce cas, le bien n'est attribué qu'après estimation faite, au jour du transfert, par un expert désigné à l'amiable ou par voie judiciaire. Toute clause contraire est réputée non écrite. Si la valeur du bien attribué est supérieure au montant de la créance, le créancier doit consigner la somme représentant la différence au cas où il existe d'autres créanciers gagistes sur le même bien. S'il n'en existe pas, cette somme est versée au constituant (art. 105). Toute clause contraire est réputée non écrite.

C. L'extinction du gage

Le gage peut s'éteindre par voie principale ou par voie accessoire.

L'article 117 AUS prévoit l'extinction à titre principal du gage avec dépossession indépendamment de l'obligation garantie dans trois hypothèses : restitution volontaire de la chose au constituant par le créancier gagiste, perte de la chose du fait du créancier gagiste (ar contre, la perte fortuite de la chose par ex. du fait d'un incendie survenu au local abritant les biens gagés n'entraîne pas l'extinction du gage mais subrogation du créancier dans l'indemnité d'assurance s'il en existe, lorsque la juridiction compétente ordonne la restitution de la chose pour faute du créancier gagiste. Dans toutes ces différentes hypothèses, le créancier gagiste devient un créancier chirographaire.

Accessoire d'une créance dont il garantit l'exécution, le gage s'éteint à titre accessoire lorsque la créance est totalement éteinte en principal, intérêts et accessoires (article 116). Cette extinction de la créance peut intervenir par le paiement, la compensation, la remise de dette, etc. De même, l'anéantissement de la créance par annulation ou résolution devrait emporter l'extinction du gage et donc la restitution du gage dans l'hypothèse où il est constitué avec dépossession.

P. 2 : Les régimes particuliers de gage

L'AUS contient des règles particulières applicables à certains gages. Ces règles concernent le matériel professionnel, les véhicules automobiles et les stocks..

A. Le gage de véhicules automobiles

Il est régi par les articles 92 à 117 AUS relatives au droit commun du gage. Seules quelques dispositions particulières sont prévues par les articles 118 et 119 AUS.

* **Le domaine:** Le gage de véhicules automobiles porte, aux termes de l'art. 118 AUS, sur tous les véhicules automobiles assujettis ou non à une déclaration de mise en circulation et à immatriculation. Le gage peut également être constitué sur tout véhicule ou engin qu'il soit neuf ou d'occasion, qu'il soit utilisé pour des besoins privés ou professionnels. Malgré son imprécision, le terme véhicule englobe tous les véhicules terrestres à moteur ce qui inclut les tracteurs et les cyclomoteurs, mais exclut les engins aériens ou maritimes soumis à des législations spéciales en matière de sûreté.

***La constitution :** Le gage de véhicules automobiles est constitué sous les mêmes conditions que les gages de droit commun. Il doit donc être établi par écrit et faire l'objet d'une inscription au RCCM. Cette inscription conserve les droits des créanciers pour la durée convenue par les parties et qui ne saurait excéder dix ans à compter de l'inscription. En plus de l'inscription, le gage doit être mentionné sur la carte grise du véhicule par les services administratifs des transports. Mais l'absence de cette mention ne remet pas en cause la validité ou l'opposabilité du gage dès lors que l'inscription a été régulièrement prise.

***La réalisation:** Faute de paiement de la créance à l'échéance, le créancier bénéficiaire d'un gage sur véhicule automobile procède à la réalisation de la sûreté. Il dispose pour cela et conformément au droit commun de trois possibilités : faire procéder à la vente forcée du véhicule, demander l'attribution judiciaire ou obtenir l'attribution en propriété du véhicule si les parties en avaient convenu dans le contrat et si le débiteur est un débiteur professionnel et ce, conformément à l'article 104 AUS.

B- Le gage de matériel professionnel

Le gage de matériel professionnel est régi par les règles de droit commun du gage. La seule règle spécifique contenue à l'article 118 est celle qui prévoit que le matériel

professionnel faisant partie d'un fonds de commerce peut être nanti en même temps que les autres éléments du fonds, conformément aux dispositions des articles 162 à 165 de l'AUS.

***Le domaine:** Ce gage ne porte que sur des biens d'équipement professionnel, c'est-à-dire outillages et matériels à l'exclusion des marchandises et autres biens de consommation. Ces biens doivent être utilisés dans l'exercice de la profession (profession commerciale, professions libérales, industrielles voire artisanales). Peu importe que le matériel soit neuf ou d'occasion. La sûreté ne peut porter sur un matériel professionnel qui fait l'objet d'une réglementation spécifique par la loi, à l'exemple des véhicules automobiles. Les bénéficiaires du gage de matériel professionnel ne sont pas limités. Peuvent donc être garanties non seulement les créances nées d'opérations d'achat à crédit de matériel mais également toutes les créances du propriétaire de matériel.

*** La constitution :** La constitution du gage de matériel professionnel est régie par les dispositions du droit commun du gage. Il doit être établi par écrit à peine de nullité et faire l'objet d'une inscription au RCCM pour être opposable. A défaut d'inscription, le matériel doit être remis au créancier gagiste. Mais cette modalité devrait être rare dans la pratique.

*** La réalisation du gage:** Le créancier bénéficie des droits reconnus à tout créancier gagiste ; il a un droit de suite et un droit de préférence et le droit de rétention si le gage a été constitué avec dépossession. Conformément à l'article 226 AUS, le bénéficiaire du gage sur le matériel est inscrit au quatrième rang.

C. Le gage des stocks

Le gage des stocks se caractérise par la fongibilité des biens sur lequel il porte, c'est-à-dire qu'il s'agit d'une quantité de choses d'égale valeur et interchangeables (ex. pétrole, café, blé, sucre) qui s'opposent aux corps certains qui sont individualisés dès l'origine. Le stock se caractérise plus par sa valeur que par la quantité de biens qui le composent à un moment donné puisque, par hypothèse, il est appelé à se renouveler.

Le régime du gage des stocks est, à quelques exceptions près, le régime de droit commun du gage.

* **Le domaine** :L'article 120 AUS prévoit que quatre catégories de biens distincts peuvent faire l'objet de nantissement de stocks. Il s'agit:

- **des matières premières** c'est-à-dire les richesses naturelles provenant pour la plupart du sol et sur (ex. les producteurs de produits pétroliers peuvent donner en gage des stocks de ces produits) ;

- **des produits de l'exploitation agricole**, c'est-à-dire les récoltes. Ces produits s'opposent au matériel et produits servant à l'exploitation elle-même (semences, les engrais, les animaux servant à la reproduction) ;

- **des produits de l'exploitation industrielle**. Il s'agit de tous les biens qui résultent de l'activité industrielle, c'est-à-dire de la fabrication à partir des matières premières qu'il s'agisse de produits finis ou semi-finis, de produits en cours de fabrication (ex. voitures produites en série, pièces détachées, etc.).

- **des marchandises destinées à la vente**. Ce sont tous les biens acquis par le débiteur et non fabriqués par lui-même et destinés à la revente.

* **La constitution**: En application de l'article 120 AUS qui renvoie aux règles de droit commun, le gage des stocks est constitué par écrit sous peine de nullité et doit faire l'objet, pour son opposabilité d'une remise de la chose objet du gage au créancier ou de l'inscription du gage au RCCM suivant les règles prévues par les articles 51 et sv. de l'AUS. Bien que les deux modalités soient prévues, le gage des stocks sera très souvent constitué sous forme gage sans dépossession. C'est probablement la raison pour laquelle les rédacteurs de la réforme de l'AUS ont prévues des règles particulières lorsque le gage est fait sans dépossession. Il résulte ainsi de l'article 121 que lorsque le gage est constitué suivant cette modalité, il peut donner lieu à l'émission par le greffier ou par le responsable de l'organe compétent de l'Etat partie, d'un bordereau de stock. Dans ce cas, l'écrit constitutif du gage doit comporter, à peine de nullité, outre les mentions prévues par l'article 96, le nom de l'assureur qui couvre les stocks gagés contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle ainsi que la désignation de l'établissement domiciliaire du bordereau de gage de stocks.

Après l'inscription du gage au RCCM, le bordereau est remis au débiteur. Il doit comporter certaines mentions. La mise en gage du stock se fera donc en réalité par la remise du bordereau au créancier gagiste par voie d'endossement signé et daté. En l'absence de remise du bordereau, le créancier gagiste ne peut se prévaloir de la seule inscription de la sûreté au RCCM. Le bordereau peut ensuite être endossé et avalisé dans les mêmes conditions qu'un billet à ordre avec les mêmes effets. L'endossement confère au porteur du bordereau la qualité et les droits d'un créancier gagiste. A défaut de convention contraire, la durée de validité du bordereau est de cinq ans à compter de la date de son émission, sauf renouvellement.

*** Les obligations et prérogatives du constituant**

Ces obligations et prérogatives sont fortement influencées par la nature fongible des biens engagés.

- Les obligations

La première obligation qui pèse sur le constituant est l'obligation de maintenir la valeur du stock. Ainsi, comme les biens faisant partie du stock sont par nature des choses fongibles, il bénéficie implicitement d'une faculté de remplacement c'est-à-dire qu'il peut utiliser les biens, pourvu qu'il les remette aussitôt. Cette interdiction de ne pas diminuer la valeur du stock est renforcée par l'obligation qui lui est faite de tenir constamment à la disposition du créancier et du banquier domiciliataire du bordereau l'état des biens gagés ainsi qu'une comptabilité de toutes les opérations les concernant.. La diminution de la valeur des stocks a pour conséquence la déchéance du terme de la dette garantie. A défaut, le créancier peut solliciter un complément de gage (art. 109 AUS).

La seconde obligation qui pèse sur le constituant est celle d'assurer les stocks contre les risques de vol, d'incendie et de détérioration totale ou partielle. Il doit également assurer l'immeuble où sont entreposés les stocks.

- Les prérogatives du constituant

La principale prérogative qui lui est reconnue est qu'il conserve, conformément à l'art. 124 AUS, le droit de vendre les stocks nantis. Cela peut même être avantageux pour

le créancier bénéficiaire dans le cas où le gage porte sur des biens sujets à dépréciation rapide. Mais, pour protéger les droits du créancier dont le gage risque d'être perdu du fait de la vente du bien, la loi prévoit que le débiteur ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix chez le banquier domiciliaire. Cette limite était déjà contenue dans la législation antérieure.

*** La réalisation du gage**

Lorsque le débiteur ne remplit pas ses obligations relativement au paiement de la dette à l'échéance, le créancier gagiste ou le porteur du bordereau peut procéder à la réalisation du stock mis en gage. Il bénéficie des mêmes prérogatives que les autres créanciers gagistes à savoir qu'il bénéficie d'un droit de suite et d'un droit de préférence. Il peut également comme tout gagiste, demander l'attribution judiciaire et s'il en a été convenu dans le contrat et que les conditions en sont réunies, se voir attribuer la propriété des stocks. En droit français, cette attribution conventionnelle est expressément refusée au créancier gagiste.

SECTION 2 : LES NANTISSEMENTS

L'article 125 AUS définit le nantissement comme « l'affectation d'un meuble incorporel ou d'un ensemble de meubles incorporels présents ou futurs à la garantie d'une ou plusieurs créances présentes ou futures à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ». Le nantissement est donc une sûreté mobilière incorporelle contrairement au gage qui est une sûreté mobilière corporelle. Il peut être constitué soit conventionnellement, soit judiciairement.

Le législateur n'a pas organisé un régime général du nantissement. L'article 126 énumère plutôt les différents biens pouvant l'objet de nantissement à savoir les créances, le compte bancaire, les droits d'associés et valeurs mobilières, les comptes de titres financiers, les droits de propriété intellectuelle et le fonds de commerce. Cette énumération n'est toutefois faite qu'à titre indicatif ce qui signifie que d'autres biens pourraient également faire l'objet de nantissement.

P1 : LE NANTISSEMENT DE CREANCES

L'AUS organise un régime de droit commun du nantissement de créances. Mais, il est apparu que le nantissement de compte bancaire n'est qu'un dérivé du nantissement de créance puisque l'article 136 dispose : « Le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance ».

A. Le régime de droit commun

Il convient de préciser l'objet, la constitution et la réalisation du nantissement de créance.

*** L'objet**

Il convient de faire des précisions sur la créance garantie et sur la créance donnée en nantissement. Pour ce qui est de la créance nantie, il peut s'agir d'une créance présente ou future. Le nantissement peut même porter sur une fraction seulement de la créance sauf si elle est indivisible. Il s'étend aux accessoires de cette créance. S'agissant de la créance garantie, le nantissement peut garantir toute créance du débiteur à l'égard du créancier nanti peu importe que cette créance soit présente ou future.

***Les modalités de constitution**

Le nantissement de créances est soumis à une triple formalité : l'écrit, l'inscription au RCCM, la notification au débiteur de la créance garantie.

- L'écrit est exigé à peine de nullité. Il doit contenir un certain nombre d'éléments énumérés à l'article 127.
- L'inscription du nantissement au RCCM a pour effet de le rendre opposable aux tiers à compter de la date de cette inscription même si entre les parties le nantissement prend effet à la date de sa conclusion.
- La notification au débiteur de la créance nantie a pour effet de rendre le contrat opposable à son égard. Elle doit être faite par écrit, à défaut, le débiteur doit intervenir à l'acte. Il s'agit d'affirmer les droits du gagiste sur la créance qui est affectée en garantie, d'interdire au débiteur de se libérer entre les mains du créancier originaire sous peine de régler deux fois la même dette, car qui paye mal paye deux fois. En l'absence de notification, le constituant a le droit de recevoir valablement le paiement mais à l'échéance, il doit en verser le montant au créancier

nanti. Après la notification, seul le créancier nanti peut recevoir le paiement en capital, intérêts et accessoires.

***La réalisation du nantissement**

La réalisation du nantissement de créance est influencée par les échéances respectives de la créance nantie et de la créance garantie. Ainsi, lorsque l'échéance de la créance nantie est antérieure à celle de la créance garantie, le créancier nanti perçoit les sommes et doit les conserver à titre de garantie dans un compte ouvert auprès d'un établissement de crédit (ou assimilé) . A l'échéance de sa propre créance, il affecte les sommes au remboursement si le débiteur ne s'exécute pas. Dans le cas contraire, il restitue les sommes au constituant. Par contre, lorsque l'échéance de la créance garantie est antérieure à celle de la créance nantie, le créancier peut se faire attribuer par la juridiction compétente ou en application de la convention, la créance nantie avec tous les droits qui s'y attachent. Mais, il peut également attendre l'échéance de la créance pour se faire payer.

Lorsque le créancier nanti perçoit les intérêts de la créance garantie, il les impute sur ce qui lui est dû. Et s'il perçoit une somme supérieure au montant de sa créance, il est tenu du surplus à l'égard du constituant.

B. Les règles propres au nantissement de comptes bancaires

Le nantissement de compte bancaire suit quasiment le même régime que tous les nantissements de créance. Les articles 137 à 139 apportent toutefois quelques dérogations. L'objet de la garantie s'entend du solde créditeur provisoire (arrêté provisoire) ou définitif (en cas de clôture du compte) au jour de la réalisation de la sûreté ou au jour de l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur sous réserve des opérations en cours (chèque émis, virement). L'article 138 permet aux parties de déterminer les conditions dans lesquelles le débiteur (constituant) pourra continuer à disposer des sommes inscrites sur le compte nanti. Quant à l'article 139, il précise que le nantissement de compte bancaire subsiste tant que le compte n'a pas été clôturé et que la créance garantie n'a pas été intégralement payée. La sûreté est réalisée dans les mêmes conditions que le nantissement de créance.

P 2 : LE NANTISSEMENT DES TITRES SOCIAUX ET DES COMPTES DE TITRES FINANCIERS

L'AUS dans sa version antérieure, organisait déjà le nantissement des titres sociaux à travers le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières. La réforme intervenue y a ajouté le nantissement de comptes de titres financiers. Bien qu'ils soient traités sous la même section, ils relèvent de régimes relativement différents.

A. Le nantissement des titres sociaux (droits d'associés et valeurs mobilières)

Les titres sociaux peuvent faire l'objet de diverses opérations telles que la cession, la saisie ou le nantissement réglementé par les art. 140 à 145. L'article 140 dispose à cet effet que « les droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés commerciales et ceux cessibles des personnes morales assujetties à l'immatriculation au RCCM peuvent faire l'objet d'un nantissement conventionnel ou judiciaire ». Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières peut être conventionnel ou judiciaire. Lorsqu'il est judiciaire, il ne présente pas de différences notables avec le nantissement conventionnel pour ce qui est des formalités et des effets, sauf qu'il comporte deux phases : une phase provisoire qui aboutit à l'inscription provisoire et une phase définitive qui conduit à l'inscription définitive du nantissement au vu de la décision définitive qui valide l'inscription provisoire.

1. L'objet

Sous le terme de droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés commerciales et personnes morales assujetties à l'immatriculation, on englobe :

- les parts sociales émises par les sociétés en nom collectif, les sociétés en commandite simple et les sociétés à responsabilité limitée qui sont toutes des formes de sociétés reconnues et organisées par l'AUSCGIE.
- les valeurs mobilières émises par les sociétés par actions et plus particulièrement les sociétés anonymes. Ces valeurs comprennent les actions qui représentent les droits d'associés et les obligations représentant les droits des créances. Ces titres de sociétés anonymes peuvent être des titres nominatifs ou au porteur ;
- les titres participatifs, les certificats d'investissement, dès lors qu'ils sont émis par les

sociétés commerciales et qu'ils sont cessibles ;

- les titres émis par les GIE (groupements d'intérêt économique), puisque la loi parle de personnes morales soumises à immatriculation.

2. La constitution

Le nantissement de titres sociaux doit être établi par écrit. Cet écrit doit contenir un certain nombre de mentions énumérées à l'art. 141. Le nantissement doit ensuite être inscrit au RCCM aux fins d'opposabilité aux tiers. En plus de ces formalités, il doit répondre aux exigences particulières prévues par l'AUSCGIE (art. 77, 319, 322 AUSCGIE).

3. Les effets

Il faut préciser les prérogatives du créancier nanti avant d'envisager la réalisation de la sûreté.

Le nantissement des titres sociaux confère au créancier un droit de suite et un droit de préférence qui sont mis en oeuvre comme en matière gage. Le créancier peut donc suivre le titre s'il passe en d'autres mains, par exemple en cas de cession, pour le saisir, le faire vendre et se payer sur le prix dans les mêmes conditions qu'en matière de gage.

Pour ce qui est de la réalisation, à défaut de paiement de la dette, le créancier peut, soit faire procéder à la vente forcée, soit demander l'attribution judiciaire du titre jusqu'à due concurrence et d'après estimation faite par expert ou suivant les cours. Pour les sociétés dont les titres sont cotés en bourse, l'art. 145 prévoit que le créancier peut les faire exécuter en bourse. Ainsi, le cours des titres sur le marché permet de déterminer leur valeur.

B. Le nantissement de comptes de titres financiers

C'est « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation, des valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier ».

Le nantissement de compte de titres financiers porte sur un ou plusieurs titres ou instruments financiers inscrits dans un compte et qui peuvent être de natures diverses. L'article 146 cite les valeurs mobilières (actions, obligations) mais il peut y avoir d'autres

titres. Le compte peut même comporter des sommes d'argent qui représentent en général le produit ou les fruits (dividendes) des titres inscrits en compte.

S'agissant des formalités, ce nantissement est constitué tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers par une déclaration datée et signée par le titulaire du compte. Cette déclaration contient, à peine de nullité, certaines mentions énumérées à l'art. 147. L'inscription au RCCM n'est pas une formalité obligatoire. Le créancier nanti peut obtenir du teneur de compte, une attestation de nantissement comportant l'indication des titres financiers et des sommes inscrites. Il peut aussi obtenir du teneur de compte spécial une attestation d'inventaire des sommes inscrites au crédit de ce compte (art. 150).

Le titulaire des sommes et titres nantis peut continuer à en disposer dans les conditions définies d'accord parties avec le créancier. Le teneur de compte lorsqu'il n'est pas créancier nanti doit être informé des conditions de disposition et il est tenu de les respecter. Le créancier nanti bénéficie d'un droit de rétention fictif sur les titres et sommes. La violation de ce droit de rétention a pour conséquence l'inopposabilité des actes conclus. Ce droit de rétention est également utile en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le constituant.

La réalisation du nantissement apparaît être nettement simplifiée du fait de l'absence de l'intervention judiciaire. Toutefois, elle doit être obligatoirement précédée d'une mise en demeure préalable adressée par le créancier nanti au débiteur.

La **réalisation proprement dite** se fait suivant différents modes de réalisation prévus par l'article 154 à savoir: Le transfert direct en pleine propriété des sommes figurant dans le compte (comparer avec le transfert fiduciaire de sommes d'argent); la vente des titres inscrits dans le compte au besoin sur le marché financier pour les titres des sociétés cotées en bourse par le créancier nanti ou le teneur de compte (s'il est différent); l'attribution en pleine propriété des titres nantis.

P.3. LE NANTISSEMENT DES DROITS DE PROPRIETE INTELLECTUELLE

Le nantissement de droits de propriété intellectuelle est défini comme la convention par laquelle le constituant affecte, en garantie d'une obligation, tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs.

*** L'objet du nantissement**

Ce nantissement porte sur les droits de propriété intellectuelle qui comprennent d'une part les droits d'auteurs et d'autre part les droits de propriété industrielle qui regroupent : les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles, etc. sans que cette énumération soit exhaustive. Le nantissement ne s'étend pas, sauf convention contraire, aux accessoires et fruits résultant de l'exploitation du droit.

***La constitution:** Le nantissement de droits de propriété intellectuelle doit être établi obligatoirement par écrit comportant certaines mentions à peine de nullité. Le contrat doit ensuite faire l'objet d'inscription au RCCM pour être opposable aux tiers. En plus de ces formalités communes à tous les nantissements, le nantissement des droits de propriété intellectuelle doit faire l'objet d'inscription dans les registres de propriété intellectuelle dans les conditions prévues par les réglementations particulières. Le nantissement doit être également publié lorsque les législations particulières le prévoient.

*** Les effets :** Pour ce qui est des prérogatives, le nantissement confère au créancier le droit de suite et le droit de préférence comme en matière de gage. La réalisation du nantissement se fait suivant les conditions de droit commun c'est-à-dire comme en matière de gage.

P 4 : LE NANTISSEMENT DU FONDS DE COMMERCE

Le nantissement peut être conventionnel ou judiciaire. Le nantissement judiciaire ne présente pas de différences notables avec le nantissement conventionnel pour ce qui est des formalités et des effets, sauf qu'il comporte deux phases : une phase provisoire qui après l'autorisation judiciaire d'inscription donne lieu à l'inscription provisoire et une phase définitive qui aboutit à l'inscription définitive de la sûreté après la décision judiciaire de validité passée en force de chose jugée. Il suit quasiment le même régime que l'hypothèque judiciaire.

A- Le domaine

Le nantissement porte obligatoirement sur la clientèle, l'enseigne et le nom commercial qui sont les éléments incorporels principaux du fonds de commerce. Mais, si les parties le souhaitent, le nantissement pourra porter sur les autres éléments incorporels (droit au bail, brevets d'invention, marques de fabrique, de service et de commerce, dessins et modèles et tous les droits de propriété industrielle attachés au fonds) et sur le matériel professionnel. Cette extension doit faire l'objet d'une clause spéciale désignant les biens nantis et elle doit être soumise à des mesures de publicité au RCCM. Le nantissement ne peut pas porter sur les marchandises ou sur les créances. Tous les éléments grevés du nantissement garantissent de manière indivisible la totalité de la créance sans distinguer entre la part de la créance affectée aux éléments incorporels et celle affectée au matériel.

B- Les formalités

Le nantissement est constaté par un écrit (art. 163). Cet acte doit comporter obligatoirement certaines mentions : noms et domicile des parties (créancier, débiteur ou tiers constituant), numéro d'immatriculation du débiteur au RCCM, désignation précise du fonds (siège et succursales), désignation des éléments nantis, montant de la créance en précisant les conditions d'exigibilité et les intérêts, élection de domicile du créancier. Le nantissement doit être inscrit au RCCM (art. 165) et est valable pour la durée de l'inscription.

C- La protection du créancier

Le fonds de commerce nanti continue à être administré par le commerçant qui peut même en disposer. Ceci contribue à exposer le créancier bénéficiaire à certains risques tels que la perte de valeur du fonds. C'est pourquoi la loi a pris des mesures pour parer à ces dangers. Le créancier est protégé en cas de vente du fonds ou d'éléments séparés du fonds. De même, le créancier inscrit, s'il ne peut s'opposer à la vente peut, conformément à l'article 177 AUS former une surenchère au 1/10^e du prix global figurant dans l'acte de vente c'est-à-dire proposer de rattacher au prix proposé majoré de 10%. En outre, si le commerçant a l'intention de déplacer le fonds, il doit en informer le créancier à l'avance en indiquant le nouvel emplacement. S'il ne respecte pas cette obligation, il y a déchéance du terme. Par ailleurs, il peut arriver que le propriétaire des locaux abritant le fonds envisage de résilier le bail, par exemple pour défaut de paiement des loyers. Dans ce cas, il lui est fait obligation

de notifier sa demande au créancier inscrit et la résiliation ne produit effet qu'à l'expiration d'un délai de 2 mois suivant la notification. Pendant ce délai, les créanciers peuvent échapper aux conséquences de la résiliation en payant le propriétaire à la place du locataire. En l'absence de notification, la résiliation est inopposable au créancier.

D. La réalisation du nantissement

Le créancier nanti bénéficie, comme les autres créanciers, du droit de suite, du droit de préférence et du droit de réalisation. A travers le droit de suite, le créancier dispose, lorsque le débiteur manque de payer sa créance à l'échéance, du droit saisir le bien, de procéder à la vente forcée des éléments du fonds de commerce et d'en recevoir le paiement pour le principal de la créance et des intérêts. Dans la pratique, le droit de suite est rarement mis en œuvre, car l'acquéreur du fonds peut s'affranchir des sûretés inscrites par une procédure de purge, comme en matière d'hypothèque. Il faut aussi souligner que le droit de suite ne s'exerce que sur la vente du fonds en entier et non sur celle de ses différents éléments. Le droit de préférence est reconnu quant à lui au créancier nanti dans les mêmes conditions que les autres créanciers.

CHAPITRE 4 : LES SURETES MOBLIERES PORTANT SUR LA PROPRIETE: LES PROPRIETES - SURETES

Le législateur OHADA organise trois sûretés-propriétés à savoir la réserve de propriété, la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de créance à titre de garantie. La première est qualifiée de propriété retenue à titre de garantie alors que les deux dernières font partie des propriétés cédées à titre de garantie.

section 1 : La clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété est la clause qui « suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie » (article 72). Les dispositions qui lui sont consacrées sont les articles 72 à 78 AUS. A ces dispositions de l'AUS, il faut ajouter celles de l'AUDCG (art. 59, 60, 63, 284) et celles de l'AUPCAP (art.103).

La réserve de propriété est une sûreté mobilière. Quant à son régime, les dispositions précitées définissent les règles relatives à la constitution et à la réalisation de la clause de réserve de propriété.

P.1. La constitution de la clause de réserve de propriété

La clause de réserve de propriété suppose l'existence préalable d'un contrat translatif de propriété - à l'exemple du contrat de vente mais non exclusivement - dont la clause permet de garantir le paiement en permettant au vendeur de conserver la propriété de la chose vendue.

La constitution de la clause résulte de deux formalités que sont l'écrit et l'inscription au RCCM.

* **L'écrit:** La clause de réserve de propriété est nécessairement écrite conformément à l'article 73 AUS. Cette clause doit être mentionnée dans un écrit qui peut être le contrat lui-même, le bon de commande, le bon de livraison ou tout écrit régissant un ensemble d'opérations présentes ou à venir entre les parties à l'exemple d'un contrat-cadre. Cette mention doit être faite de manière apparente ce qui permet de porter l'existence de la clause à la connaissance du cocontractant. L'écrit doit être établi au plus tard au jour de la livraison du bien. Il est exigé à peine de nullité. La clause de réserve de propriété doit faire

l'objet d'acceptation. Cette acceptation résulte de l'acceptation de la convention, du bon de commande ou de livraison ou de tout document dans laquelle elle est portée.

***La publicité de la clause:** elle est assurée par son inscription au RCCM (article 74 de l'AUS) à la demande du créancier, de l'agent de sûretés ou du constituant par le greffier de la juridiction du ressort dans lequel est immatriculé le constituant ou de celui dans lequel il a son siège social ou son domicile (art. 52) sur la base d'un formulaire d'inscription comportant les mentions énumérées par l'article 53.. L'effet principal de cette inscription est l'opposabilité de la clause. La durée de validité de l'inscription peut être convenue librement par les parties mais elle ne saurait excéder 10 ans à compter de l'inscription (article 58). L'absence de renouvellement entraîne la péremption de l'inscription et sa radiation d'office par le greffe (art. 58).

P.2. La réalisation de la clause de réserve de propriété

En cas de paiement c'est-à-dire lorsque le débiteur s'acquitte à l'échéance du montant total de la dette, la propriété lui est transmise par le créancier qui perd définitivement tous les droits qu'il avait encore sur le bien. En cas de non paiement, le bien devra être restitué au créancier propriétaire (art. 77). La procédure d'injonction de restituer instituée par l'AUPSRVE devrait permettre au propriétaire de rentrer en possession du bien si le débiteur ne restitue pas spontanément. Mais cette modalité ne concerne que le débiteur in bonis. Lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective, la réalisation prend la forme d'une revendication (art. 103 AUS). L'action en revendication permet au créancier revendiquant de ne pas subir la loi du concours avec les autres créanciers de l'acheteur sur le bien qui est resté sa propriété. Cette revendication est soumise à des conditions préalables. Elle n'est possible que si le créancier a produit sa créance, s'il exerce son action dans le délai légal et à condition de ne pas avoir reçu paiement du syndic. Lorsque la revendication ou l'action en restitution aboutit, le vendeur doit restituer les acomptes perçus. La revendication ou la restitution porte en principe sur les objets mobiliers qui ont fait l'objet du contrat et qui se retrouvent encore en nature dans le patrimoine du débiteur au moment de la demande de restitution ou de l'ouverture de la procédure collective. En dehors de cette hypothèse de principe, il faut distinguer quelques hypothèses particulières celle de la demande de restitution des biens fongibles, celle de la

demande de restitution des biens incorporés et l'hypothèse de la revendication du prix qui sont soumis à des règles particulières.

SECTION 2 : LA PROPRIETE CEDEE A TITRE DE GARANTIE

Aux termes de l'article 79 AUS, la cession de propriété à titre de garantie consiste à céder c'est-à-dire transférer la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens en vue de garantir le paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes. Le droit uniforme OHADA organise uniquement deux modalités de propriété cédée à titre de garantie. Il y a d'une part la cession de créance à titre de garantie et d'autre part le transfert fiduciaire de somme d'argent.

P. 1. La cession de créance à titre de garantie

Elle consiste à céder une créance actuelle ou future en vue du paiement d'une dette actuelle ou future. Réglementée par les articles 80 et sv de l'AUS, c'est une opération à trois personnes qui implique le cessionnaire qui est le créancier ou un tiers constituant, le débiteur qui est le cédant et le tiers cédé.

*** Le domaine de la cession de créance à titre de garantie**

S'agissant des bénéficiaires, la cession de créance est une sûreté qui ne peut être consentie qu'au profit des personnes morales effectuant des opérations de banque ou de crédit. Quant aux **créances et dettes concernées**, les créances données en garantie sont celles détenues sur un tiers qui est le débiteur cédé. Elles peuvent être aussi bien actuelles que futures. Il peut s'agir d'une créance isolée ou d'un ensemble de créances. Aux termes de l'article 83, la cession s'étend, sauf volonté contraire des parties, aux accessoires de la créance cédée tels que les intérêts. Quant aux dettes garanties, elles peuvent être actuelles ou futures. Il peut même s'agir d'un ensemble de dettes.

***La constitution**

Aux termes de l'article 81, la cession de créance à titre de garantie doit être constatée par écrit. Cet écrit doit comporter, à peine de nullité, certaines mentions énumérées par la loi. La cession de créance doit être obligatoirement notifiée au débiteur cédé pour être valable. A défaut, celui-ci doit intervenir à l'acte.

*** Les effets**

La cession de créance produit effet entre les parties dès sa conclusion quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité de la créance cédée. A compter de cette date, le cédant ne peut plus, sans l'accord du cessionnaire, modifier l'étendue des droits attachés à la créance cédée. A l'égard des tiers, la cession prend effet à compter de son inscription au RCCM. S'agissant de la réalisation de la sûreté, l'article 86 prévoit que « Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Le surplus s'il y a lieu est restitué au cédant. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

P. 2 . Le transfert fiduciaire de somme d'argent

Le transfert fiduciaire de somme d'argent est défini comme « la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation ». Le régime du transfert fiduciaire est organisé par les articles 87 à 91 nouveaux de l'AUS. Il faut préciser les modalités de constitution et de réalisation de cette garantie.

*** Les modalités de constitution:** Il faut d'abord préciser que contrairement à la cession de créance à titre de garantie, le domaine du transfert fiduciaire est plus ouvert parce qu'il peut être constitué par toute personne (débiteur ou tiers) en faveur de tout créancier et en garantie de tout type de dette.

Le transfert de propriété est constitué par l'inscription des fonds donnés en garantie sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier de l'obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir. Le transfert donne ensuite lieu à l'établissement d'une convention écrite. A peine de nullité et pour respecter le principe de la spécialité, la convention détermine la ou les créances garanties qui peuvent être présentes ou futures, ainsi que le montant des fonds cédés à titre de garantie, et identifie le compte bloqué. Le transfert fiduciaire devient opposable aux tiers à la date de sa notification à l'établissement teneur du compte. L'inscription au RCCM n'a pas été prévu.

*** La réalisation**

Il faut d'abord préciser qu'avant l'échéance de la dette, l'article 90 prévoit que si les fonds cédés produisent des intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte, sauf convention contraire.

Si le débiteur paie la dette, il n'y a pas lieu à réalisation de la garantie puisque l'article 91 prévoit qu'à l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant. Mais, si le débiteur ne s'acquitte pas de la dette, le créancier peut procéder à la réalisation de la sûreté suivant la procédure prévue à l'article 91 alinéa 2. En effet, il peut se faire attribuer – par le banquier au besoin sur autorisation judiciaire si le banquier refuse de s'exécuter spontanément, à concurrence du montant impayé, les sommes bloquées dans le compte, huit jours après avoir averti le débiteur.

CHAPITRE 5 : LES SURETES MOBILIERES SPECIFIQUES: LE DROIT DE RETENTION ET LES PRIVILEGES

Le droit de rétention et les privilèges sont également des sûretés mobilières qui ont chacune leur particularité.

SECTION I: LE DROIT DE RETENTION

Le droit de rétention est la faculté accordée à un créancier qui détient un bien du débiteur de refuser de le délivrer jusqu'à complet paiement du prix. Il est réglementé par les articles 67 à 70 AUS. L'article 67 dispose : « Le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté ». Il faut déterminer les conditions d'existence du droit de rétention avant de voir son contenu et ses modes d'extinction.

P. 1. Les conditions d'existence du droit de rétention

Elles sont relatives à l'exigence de connexité, à la créance garantie, à la détention et au bien susceptible de détention.

A. Les conditions relatives à la connexité

L'article 68 AUS dispose que « le droit de rétention ne peut s'exercer que (...) s'il existe un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue ». La connexité peut être matérielle ou juridique. La connexité juridique ou intellectuelle tient au fait que la créance et la détention sont issues d'un même contrat ou nées d'un rapport juridique synallagmatique comme dans l'hypothèse de restitutions réciproques suite à l'annulation ou la résolution d'un contrat. Elle rapproche le droit de rétention de l'exception d'inexécution. La connexité matérielle ou objective pour sa part tient au fait que la créance est née à l'occasion de la chose retenue. Le droit de rétention est limité ici au contrat.

Le lien de connexité doit être établi mais dans certains cas prévus par l'article 69, la connexité est présumée. Il n'est donc pas nécessaire pour le rétenteur de prouver l'existence d'un contrat déterminé ou de préciser l'occasion à laquelle le droit de rétention est né.

B. Les conditions relatives à la créance garantie

Le droit de rétention existe quelque soit la nature de la créance : créance de somme d'argent, créance résultant d'une obligation de faire ou de ne pas faire. La créance ne doit avoir fait l'objet d'aucune saisie et elle doit être certaine, liquide et exigible ce qui signifie, pour les obligations de faire ou de ne pas faire, qu'elles doivent avoir été sanctionnées par des dommages et intérêts. La créance doit être certaine c'est-à-dire incontestable dans son principe ce qui exclut les créances litigieuses. Elle doit être exigible, ce qui exclut le droit de rétention pour les créances à terme.

C. Les conditions relatives à la détention

La détention est une condition fondamentale du droit de rétention. Il faut que le créancier détienne « légitimement ». La détention signifie la mainmise physique sur une chose en dépit de la volonté contraire de son propriétaire. La détention doit donc exister mais surtout, elle doit être régulière, non entachée d'illicéité, de fraude ou de faute. Il n'est cependant pas nécessaire que le détenteur soit de mauvaise foi. La détention peut parfois se faire par l'intermédiaire d'un tiers. La détention doit porter uniquement sur les biens meubles tels que véhicules, vélomoteurs, pirogues, etc. Il n'est pas nécessaire, selon nous, que la chose retenue soit dans le commerce car le droit de rétention est aussi un moyen de pression. Ainsi, une chose inaliénable ou sans valeur marchande peut être susceptible de rétention : documents juridiques ou comptables, dossiers administratifs, cartes grises de véhicule, etc. Il faut réserver certains cas comme celui de pièce d'identité, de carte de vote, ou de corps humain où la rétention ne serait pas admise pour cause d'atteinte à l'ordre public.

P.2. Les effets du droit de rétention

La principale prérogative que confère le droit de rétention au créancier est la faculté de ne pas délivrer, de ne pas restituer la chose au propriétaire. La détention ou la prolongation de la détention n'étant autorisée qu'à titre de garantie, le débiteur n'a ni l'usage, ni la jouissance du bien même s'il les avait antérieurement. Le créancier n'a pas droit aux fruits. Il doit veiller à la conservation puisqu'il détient la chose d'autrui. Il répond de la perte et de la détérioration survenues par sa faute.

Le droit de rétention est indivisible. Le créancier peut conserver la totalité de la chose jusqu'à complet paiement, sans tenir compte des paiements partiels. De même, en cas de division de la dette entre plusieurs débiteurs, le fait que certains se soient acquittés de leurs parts n'empêche pas le créancier de refuser la restitution de la totalité de la chose quand bien même elle serait matériellement divisible.

P. 3. L'extinction du droit de rétention

Le droit de rétention s'éteint à titre accessoire et à titre principal. Accessoire de la créance qu'il conforte, le droit de rétention s'éteint lorsque cette créance disparaît pour une raison quelconque. L'extinction à titre principal se produit dans plusieurs hypothèses: en cas de destruction ou de perte matérielle de la chose; en cas de renonciation au droit de rétention. La renonciation peut se traduire par exemple par la remise volontaire du bien au débiteur.

SECTION 2 : LES PRIVILEGES

Le privilège peut être défini comme un droit que la loi donne au créancier, en fonction de la qualité de la créance, d'être préféré aux autres créanciers. Il se caractérise par deux éléments. Le premier est son origine légale. Les privilèges ont une seule source qui est la loi ; il n'y a pas de privilège sans texte. Le second est l'attribution en fonction de la qualité de la créance. Les privilèges bénéficient soit aux créanciers privés dont les créances sont modiques mais dignes d'intérêt pour des raisons de dignité humaine ou de justice sociale, soit aux créanciers publics : trésor, sécurité sociale et ce, pour des raisons d'intérêt général.

L'acte uniforme distingue essentiellement les privilèges généraux qui portent sur l'ensemble de l'actif mobilier et immobilier du débiteur et les privilèges spéciaux qui sont essentiellement mobiliers et portent sur un meuble déterminé de l'actif du débiteur.

Les privilèges confèrent essentiellement un droit de préférence qui permet au bénéficiaire d'être payé suivant l'ordre prévu par l'acte uniforme pour le classement des différents créanciers (articles 225 et 226 AUS). Ils ne confèrent donc pas de droit de suite. En principe, les privilèges, qu'ils soient généraux ou spéciaux sont d'origine légale et ne

sont pas soumis à l'exigence de publicité pour leur opposabilité aux tiers. Toutefois, l'article 180 de l'AUS impose la publicité de certains privilèges. C'est le cas, en particulier, des privilèges pour les créances fiscales, douanières, et des organismes de sécurité sociale lorsque ces créances sont au-delà d'un certain montant prévu par la loi.

P.1. Les privilèges généraux

L'article 179 AUS dispose que les privilèges généraux confèrent un droit de préférence exercé par leur titulaire suivant les procédures de distribution prévues par les articles 225 et 226 AUS. Les privilèges généraux ont pour assiette l'ensemble du patrimoine du débiteur c'est-à-dire, tous ses biens meubles et immeubles. Ils sont indivisibles en ce sens qu'ils s'exercent sur tout élément d'actif pour la totalité de la somme qu'ils garantissent. Leur mise en œuvre est toutefois soumise à la règle de la subsidiarité en ce que l'exécution sera poursuivie d'abord sur les meubles du débiteur et c'est en cas d'insuffisance du prix reçu que l'exécution sera poursuivie sur les immeubles.

Les privilèges généraux ne sont pas soumis à la publicité à l'exception du privilège des créances fiscales, douanières et des organismes de sécurité et de prévoyance sociale pour les sommes qui sont au-delà de celles fixées pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires. L'ordre des privilèges généraux, à l'exception des privilèges soumis à publicité, est déterminé par l'article 180 AUS. Cet ordre est le suivant :

1°) les frais d'inhumation, les frais de la dernière maladie du débiteur ayant précédé la saisie des biens ;

2°) les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année ayant précédé son décès, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

3°) les sommes dues aux travailleurs et apprentis pour exécution et résiliation de leur contrat durant la dernière année ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

4°) les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années ayant précédé le décès du débiteur, la saisie des biens ou la décision judiciaire d'ouverture d'une procédure collective ;

5°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dues aux organismes de sécurité et de prévoyance sociales ;

6°) dans la limite de la somme fixée légalement pour l'exécution provisoire des décisions judiciaires, les sommes dont le débiteur est redevable au titre des créances fiscales et douanières.

Il faut présenter successivement les différents privilèges généraux.

A. Le privilège des frais d'inhumation

Ce privilège, encore appelé privilège des frais funéraires vise à assurer des inhumations – parfois appelées enterrements, obsèques ou funérailles - décentes au débiteur insolvable dont les biens ont fait l'objet de saisie avant le décès. Il profite à celui qui a avancé les frais ou fourni les services nécessaires : frais de morgue, transport de la dépouille, services funéraires divers qui peuvent varier suivant les us et coutumes.

Il s'agit de mesures sociales accordées aux débiteurs indigents qui sont décédés.

B. Le privilège des frais de dernière maladie

Ce privilège, qui est classé au même rang que les frais d'inhumation, profite à tous ceux qui ont concouru au traitement du malade pendant la période qui a précédé la saisie de ses biens. Ces frais sont privilégiés quelle que soit l'issue de la maladie, guérison ou décès. Le privilège profite à tous ceux qui sont intervenus pendant la maladie : médecins et membres du corps médical en général, pharmaciens, personnel para-médical, etc. Le montant maximum des sommes couvertes par le privilège n'a pas été déterminé.

C. Le privilège pour les fournitures de subsistance

Même insolvable, il faut vivre ou tout au moins survivre et pour cela, le débiteur sera parfois contraint d'acheter ou de consommer à crédit. Ceux qui lui ont ainsi fait crédit méritent d'être traités à leur tour avec faveur, d'où l'institution du privilège des fournitures de subsistance. Il repose sur un fondement humanitaire : favoriser la fourniture à crédit de biens indispensables (vêtements, nourriture, électricité, eau, etc.) à toute personne qui se trouve à un moment donné dans un état de nécessité. Il faut cependant qu'il s'agisse de

choses nécessaires et qu'elles soient fournies au débiteur lui-même même si elles peuvent avoir profité plutôt à sa famille.

.Ce privilège couvre la période d'une année ayant précédé la saisie des biens, le décès ou l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens contre le débiteur sans que le montant maximum des sommes garanties au cours de cette année soit limité.

D. Le privilège des salaires

Ce privilège important consacré par l'article 180 3 ° AUS repose sur deux fondements : d'une part, le travail n'étant pas une marchandise, sa rémunération mérite un traitement préférentiel du fait de son caractère alimentaire ; d'autre part, le travailleur, par son travail a contribué à la conservation et à l'accroissement du patrimoine de l'employeur ; il doit, de ce fait, être préféré à d'autres créanciers quand l'employeur se trouve en difficultés. Ce privilège profite aux travailleurs et apprentis. Les travailleurs doivent, ici, être entendus au sens large du terme : travailleurs permanents, travailleurs à temps partiel, intérimaires, travailleurs à domicile, etc. Peu importe qu'ils soient du secteur privé ou du secteur public lorsqu'ils n'ont pas, dans le second cas, le statut de fonctionnaire. Par contre, il ne profite pas aux mandataires ou aux représentants des personnes morales. Quant aux sommes garanties, il couvre aussi bien les sommes dues pour l'exécution même du travail (salaires de base, commissions, primes et indemnités diverses) que celles éventuellement dues en cas de résiliation du contrat (indemnités de licenciement et autres) pour la période d'un an ayant précédé le décès du débiteur, la saisie de ses biens ou l'ouverture d'une procédure collective contre lui.

Ce privilège doit être distingué du superprivilège des salaires qui bénéficie également aux travailleurs pour la partie incessible et insaisissable du salaire telle que fixée par la loi nationale. Comme son nom l'indique, il est mieux placé que le privilège.

E. Le privilège des droits d'auteurs

L'article 180 4° prévoit le privilège pour les sommes dues aux auteurs des œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques. Il s'agit de toutes les œuvres de l'esprit c'est-à-dire aussi bien les œuvres littéraires et artistiques (œuvres musicales, théâtrales, cinématographiques, dramatiques, etc.) que les œuvres protégées par les droits de

propriété industrielle : brevets d'invention, certificats d'utilité, dessins et modèles, obtentions végétales, marques, etc. Il profite à tous les auteurs (artistes, interprètes, producteurs, diffuseurs, etc.). Le privilège garantit le paiement des sommes dues (droits d'auteurs et redevances diverses) pour la période de trois ans ayant précédé le décès du débiteur, la saisie de ses biens ou l'ouverture contre lui d'une procédure collective.

F. Les privilèges des créances fiscales, douanières et de la sécurité et prévoyance sociales

Les créances fiscales, douanières et de la sécurité et prévoyance sociales bénéficient d'un privilège général, mais il faut distinguer selon qu'ils sont ou non soumis à publicité. Dans les deux cas, ils n'ont pas le même rang. Les privilèges non soumis à publicité passent avant les privilèges soumis à publicité.

1. Les privilèges non soumis à publicité

Aux termes de l'article 180 AUS, les créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale sont privilégiées sans exigence de publicité préalable pour la somme fixée par chaque Etat pour l'exécution provisoire des décisions de justice.

Le privilège des créances fiscales connu également sous le nom de privilège du fisc ou du trésor repose sur le fondement que l'Etat ou les collectivités publiques c'est tout le monde et que ses créances, profitant à tous, doivent être recouvrées avant les autres. Ce privilège garantit en général le recouvrement de tous les impôts, droits, taxes et pénalités assis et liquidés par les services des impôts et les pénalités de recouvrement liquidées par les services des impôts et du trésor. Il couvre donc les contributions directes et taxes assimilées telles que l'impôt sur les sociétés, l'impôt sur les bénéfices, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), les taxes sur le chiffre d'affaires (TCA), l'impôt libératoire, etc. Il couvre également les contributions indirectes (droits d'enregistrement et de timbre, amendes pénales, etc.) ainsi que les frais de poursuite, les pénalités et éventuellement les majorations.

Le privilège de la douane pour sa part, couvre les frais dus à l'Etat au titre d'opérations douanières notamment les droits, taxes, confiscations, amendes et restitutions (Voir article 307 du code béninois des douanes).

Le privilège de la sécurité et de la prévoyance sociales bénéficie essentiellement aux organismes de sécurité et de prévoyance sociales pour les cotisations qui leur sont dues notamment par les employeurs et éventuellement par les travailleurs.

2. Les privilèges soumis à publicité

Les créances fiscales, douanières et de la sécurité et prévoyance sociales peuvent toujours être privilégiées pour un montant supérieur à celui indiqué à l'article 180 5^o et 6^o AUS. Seulement, dans ce cas, le privilège doit être inscrit dans les six mois de l'exigibilité de ces créances. Cette inscription permet aux créanciers du débiteur d'être informés du privilège et d'être fixés sur la véritable situation du débiteur.

L'inscription est prise au RCCM du greffe de la juridiction compétente et conserve le privilège pendant 3 ans à partir du jour où elle a été prise (article 58 AUS). Elle peut être renouvelée avant l'expiration du délai, à défaut de renouvellement, son effet cesse. En l'absence d'inscription, le fisc, la douane et les organismes de sécurité et prévoyance sociales resteraient, pour les sommes non publiées, de simples chirographaires.

P. 2. Les privilèges spéciaux

Aux termes de l'article 182 AUS, « les créanciers titulaires des privilèges spéciaux ont sur les meubles qui leur sont affectés comme assiette par la loi un droit de préférence qu'ils exercent après saisie selon les dispositions prévues par l'article 226 ». L'Acte Uniforme prévoit sept privilèges spéciaux : le privilège du vendeur de meuble, le privilège du bailleur d'immeuble, le privilège du transporteur, le privilège de l'auxiliaire salarié, le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux, le privilège du commissionnaire et le privilège des frais de conservation. Il faut y ajouter le privilège du vendeur de fonds de commerce. Dans tous les cas, il s'agit de privilèges mobiliers c'est-à-dire qu'ils portent toujours sur un ou des meubles déterminés du débiteur.

A. Le privilège du bailleur d'immeuble

Le bailleur d'immeuble a un privilège sur les meubles garnissant les lieux loués (article 184 AUS). Peut bénéficier du privilège, tout bailleur d'immeuble que le bail soit commercial ou civil (à usage d'habitation), écrit ou verbal, qu'il soit le propriétaire, l'usufruitier ou même un locataire principal en cas de sous location. Quant aux créances garanties, il s'agit de toutes les créances nées de l'occupation des lieux, c'est-à-dire loyer, charges locatives, réparations locatives et toute créance accessoire concernant l'exécution du bail et éventuellement les dommages et intérêts qui pourraient être accordés au bailleur. Quant à l'étendue, le privilège garantit les créances des 12 derniers mois échus avant la saisie et des 12 mois à échoir après.

Le privilège porte sur les « meubles garnissant les lieux loués » ou meubles meublant, c'est-à-dire les meubles qui se trouvent dans l'immeuble loué qu'il s'agisse des meubles appartenant au locataire ou aux tiers. Y sont inclus : le matériel d'équipement professionnel (meublier de bureau, ordinateur, poste de téléphone, vaisselle, linge de maison), le mobilier de maison (cuisinière, frigidaire, lits, appareils divers, objets d'art), les marchandises, etc. Sont exclus les effets personnels, les meubles incorporels, le numéraire (l'argent) ainsi que les meubles qui ne peuvent être l'objet de saisie et les meubles sans rapport avec l'occupation des lieux.

Le bailleur court le risque de voir déplacer les meubles objet du privilège contre sa volonté par le preneur ou toute autre personne. Ainsi, la loi l'a protégé pour limiter ce risque. Il bénéficie de deux prérogatives. D'abord, l'article 184 al.3 AUS prévoit que le preneur ou toute personne qui, par des manœuvres frauduleuses prive le bailleur de son privilège, totalement ou partiellement, commet une infraction pénale réprimée par la loi nationale. On pourra appliquer ici les mêmes peines que celles qui s'appliquent au détournement de gage. Ensuite, en cas de déplacement de meubles sans son consentement, le bailleur peut procéder à la saisie. Il bénéficie donc d'une sorte de droit de suite. Il conserve son privilège sur ces meubles s'il a fait la déclaration de revendication dans l'acte de saisie.

Le droit de préférence permet au bailleur de se faire payer sur le prix de vente des meubles. Mais le bailleur est primé par d'autres créanciers comme par exemple les créanciers de salaires superrprivilegiés et il doit également subir la concurrence des autres

bénéficiaires de privilèges spéciaux. S'il n'est pas totalement désintéressé, il devient un créancier chirographaire pour le reste. Il en est de même pour le surplus de la créance non couverte par la garantie.

B. Le privilège du transporteur

L'article 185 AUS dispose que « le transporteur terrestre a un privilège sur la chose transportée pour tout ce qui lui est dû, à condition qu'il y ait un lien de connexité entre la chose transportée et la créance ». Ce privilège est mis en œuvre par tout transport terrestre qu'il soit routier ou ferroviaire ce qui exclut le transport aérien, maritime ou fluvial. Peu importe l'engin utilisé pour le transport. Par contre, sont exclus le remorquage de véhicule, le cas où le transport est effectué par un commissionnaire, le louage du véhicule et le contrat de déménagement lorsque les opérations de déménagement sont plus importantes que le transport assuré. Peu importe également qu'une rémunération soit ou non stipulée pour le transport.

Quant à l'assiette, le privilège porte sur les biens remis en vue du transport, même s'ils appartiennent à des tiers. Mais, il faut un lien de connexité entre la créance et la marchandise transportée ce qui signifie que le privilège ne peut être exercé sur les biens transportés en vue du paiement d'une créance relative à un transport antérieur. Relativement aux créances garanties, il s'agit des frais de transport proprement dit et éventuellement des accessoires c'est-à-dire les frais de conservation de la marchandise ou les droits de douane avancés par le transporteur.

C. Le privilège du commissionnaire

Le commissionnaire est un professionnel qui conclut des contrats en son nom, mais pour le compte de quelqu'un d'autre, le commentant en vertu d'un mandat qui lui est donné. Son statut est organisé par les articles 192 et suivants de l'AUDCG tel que récemment modifiés.

Tout commissionnaire bénéficie, aux termes de l'article 188 AUS, du privilège sur les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant qu'il s'agisse des marchandises déposées, consignées ou expédiées, même si elles n'appartiennent pas au commettant ; il suffit qu'elles soient effectivement détenues par le commissionnaire. Ce privilège présente

quelques différences avec le privilège du transporteur. Contrairement à celui-ci, il garantit toutes les créances nées du contrat de commission et pas seulement celles relatives aux marchandises actuellement détenues. Le lien de connexité n'est donc pas exigé ici et les créances pour lesquelles le privilège est exercé peuvent être antérieures à la détention.

D. Les privilèges garantissant le paiement d'un prix de vente

Il s'agit du privilège du vendeur de meuble et du privilège de vendeur de fonds de commerce.

1. Le privilège du vendeur de meuble

Le vendeur de meuble impayé bénéficie du privilège de l'article 183 AUS qui dispose: « le vendeur a sur le meuble vendu un privilège pour garantie du paiement du prix non payé s'il est encore en la possession du débiteur ou sur le prix encore dû par le sous acquéreur ». Tout vendeur de bien mobilier corporel ou incorporel (exemple un logiciel informatique) à l'exclusion de vendeur du fonds de commerce peut bénéficier de ce privilège. La créance garantie est le prix de vente plus les intérêts et éventuellement les accessoires mais pas les dommages et intérêts pour non paiement. Quant à l'assiette de ce privilège, il porte sur le prix de la chose vendue sur lequel le vendeur sera payé en priorité ; il porte éventuellement sur l'indemnité de remplacement (par exemple en cas de perte d'une chose assurée) mais il faut que le meuble soit encore en possession du débiteur (puisque le créancier n'a pas le droit de suite). Si le meuble a été cédé à un tiers de bonne foi, l'article 183 in fine AUS prévoit que le privilège se reporte sur le prix dû par le sous acquéreur et qui n' a pas encore été payé. En pratique, c'est une saisie-attribution de créance qui permettra de rentrer en possession de la somme. Si la chose a été incorporée à une autre et a perdu son identité, le privilège ne peut plus jouer. Il en est de même si elle a été transformée c'est-à-dire rendue méconnaissable (grains de maïs transformés en huile de maïs, ciment transformé en mortier) ou si, s'agissant d'une chose fongible, elle a été stockée avec d'autres choses identiques.

2. Le privilège du vendeur de fonds de commerce

Le vendeur de fonds de commerce impayé dispose d'un privilège sur le fonds de commerce vendu. Il est réglementé par les articles 166 et sv. AUS. Le vendeur ne peut se prévaloir du privilège que s'il a fait inscrire la vente du fonds de commerce ainsi que le

privilège au RCCM selon les formalités prévues à cet effet par les dispositions des articles 167 et suivants de l'AUS. Le régime du privilège est assimilé pour une large part à celui du nantissement de fonds de commerce auquel il faut se référer.

E. Les privilèges garantissant le paiement des créances salariales et créances assimilées

A côté du privilège des salaires qui est un privilège général, certaines catégories de créances salariales ou assimilées bénéficient également de privilèges qui ne s'exercent pas toujours à l'égard de l'employeur principal.

1. Le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux

Aux termes de l'article 187 AUS, « les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux ont un privilège sur les sommes restant dues à celles-ci pour les travaux exécutés, en garantie des créances nées à leur profit à l'occasion de l'exécution de ces travaux ». Ce privilège n'est mis en œuvre que s'il y a eu exécution d'un marché de travaux, peu importe qu'il s'agisse d'un marché public exécuté au profit de l'Etat, d'une collectivité territoriale ou d'un établissement public ou d'un marché privé réalisé au profit d'un particulier. Le privilège bénéficie aux travailleurs et fournisseurs des entreprises ayant exécuté les travaux ; mais, l'article 187 in fine introduit un classement entre les travailleurs et les fournisseurs en disposant que les salaires des travailleurs - qui bénéficient par ailleurs du privilège des salaires - sont payés par préférence à ceux des fournisseurs. Aux fournisseurs sont assimilés les sous-traitants. L'assiette du privilège est constituée par les sommes dues à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage au titre du marché qui a donné lieu à la prestation de travail ou à la fourniture. Le privilège disparaît lorsque le paiement est fait directement à l'entrepreneur.

2. Le privilège de l'auxiliaire salarié

Encore appelé privilège du travailleur d'un exécutant à domicile, il est prévu et organisé par l'article 186 AUS. Il se rapproche sensiblement du privilège des travailleurs puisque les bénéficiaires ont la qualité de travailleur. Sa particularité tient cependant au fait que le travailleur est lié à un employeur de type particulier appelé « exécutant à domicile » c'est-à-dire un prestataire de services qui exécute ses prestations non dans une entreprise au sens traditionnel (à l'extérieur) mais dans son propre domicile. On l'étend au prestataire qui n'a véritablement pas d'entreprise à l'extérieur ou au domicile mais qui a des prestations de travail ou de fourniture à réaliser pour le compte d'un maître d'ouvrage et qui emploie pour cela des salariés. L'assiette du privilège est constituée des sommes dues à l'exécutant à domicile par le maître d'ouvrage. Les travailleurs engagés seront payés sur ces sommes si elles ne lui ont pas encore été versées.

F. Le privilège des frais de conservation

L'article 189 AUS dispose que « celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble ». Le privilège joue aussi bien lorsque les frais ont été engagés (souscription d'une assurance, paiement des frais de gardiennage, soins matériels apportés à la chose qu'il s'agisse d'un meuble corporel ou incorporel) que lorsque des prestations ont été exécutées (réfection, aménagement supposant l'achat de pièces ou de matériel et le paiement éventuel d'une main d'œuvre) mais il faut que ces frais ou prestations, évaluables en argent aient eu simplement pour but d'éviter la disparition totale ou partielle de la chose ou de préserver son usage et non d'accroître sa valeur ou son rendement. Quant à l'assiette, le privilège porte essentiellement sur les meubles qui ont bénéficié des frais et prestations et peu importe qu'ils aient été engagés sans le consentement du débiteur. Peu importe également que le créancier n'ait pas la détention effective de la chose.

Les privilèges spéciaux ne posent pas de problèmes de classement puisque chacun s'exerce sur un bien déterminé. Ils viennent cependant en concours avec d'autres sûretés. De même, il peut arriver que certains créanciers soient en concours lorsque leur privilège s'exerce sur le même bien. Dans ce cas, la priorité est généralement accordée au premier saisissant - celui qui en premier lieu a exercé une mesure de saisie sur le bien - ou à celui qui a la détention effective du bien.

Orientations bibliographiques

I/ Ouvrages et monographies

- ANOUKAHA (F.), CISSE -NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), OHADA Sûretés, Bruylant Bruxelles, 2002, 279 pages.
- ANOUKAHA (F.), Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA, PUA, collection droit uniforme, Yaoundé, 1998, 75 pages.
- ISSA SAYEGH (J.) :
 - o Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd., 2012,
 - o Commentaire intégral de l'acte uniforme portant organisation des sûretés, ohadata D-07-20.
 - o Le nouveau droit des garanties de l'OHADA, Communication au 1^{er} colloque national de l'association ivoirienne Henri Capitant, Abidjan, 2 avril 2001, ohadata D-02-15.
 - o Présentation générale de l'acte uniforme sur le droit des sûretés (AUS) in Répertoire quinquennal OHADA 2000-2005, p. 93.
- KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006.
- KALIEU ELONGO Yvette, Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2010.
- POUGOUE (P.G.) (direction), Encyclopédie juridique OHADA, Editions Lamy, 2012.
- POUGOUE (P.G.), KALIEU ELONGO Yvette Rachel, Introduction critique à l'OHADA, PUA, 2008.
- POUGOUE (P.G.) et TEPPI KOLLOKO (F.), La saisie immobilière dans l'espace OHADA, PUA, collection vademecum, 2^{ème} éd., 2010.

II/ Articles de doctrine

- ADJITA (A.S.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA), Penant, n°844, juillet - septembre 2003, p. 279.

- ANOUKAHA (F.), Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA au regard de l'évolution mondiale du droit des affaires, Recherche effectuée à l'institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), Revue Unidroit.
- ANVILLE N'GORAN (J.J.) , Du cautionnement solidaire dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés, Penant, n° 857, p. 401.
- BA BASSIROU, La garantie des engagements des tiers par les banques. Remarques sur l'avis consultatif n°2/ 2000/EP de la CCJA du 26 avril 2010, ohadata J-02-03 ; ohadata D-03-10.
- BROU KOUAKOU (M.), Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire, Penant, n°856, juillet - septembre 2006, p. 273, ohadata D-06-53.
- BROU KOUAKOU (M.), La protection des vendeurs de biens avec clause de réserve de propriété dans les procédures collectives, L'apport du Traité OHADA, Revue de recherche juridique, 2001, p. 273.
- DECKON (F.K.), L'interdiction de l'hypothèque des biens à venir, Penant, n°844, juillet - septembre 2003, p. 331.
- GRIMALDI (M.), L'acte uniforme portant organisation des sûretés in L'organisation pour l'harmonisation du droit des affaires en Afrique (OHADA) n° spécial Petites affiches, n° 205, 13 octobre 2004, p. 30 et sv.
- ISSA SAYEGH (J.), Commentaires de l'acte uniforme OHADA relatif aux sûretés in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd. 2012.
- ISSA SAYEGH (J.), La mise en gage des comptes bancaires, www.ohada.com, ohadata D-05-29.
- ISSA SAYEGH (J.), Le gage sur créances de sommes d'argent, Penant, n° spécial, 840, Sûretés et garanties bancaires, p. 285 ; www.ohada.com, ohadata D-02-18.
- JAMES (J.C.), Le droit de rétention en droit uniforme africain, Afrique juridique et politique, V.1, n°2, juillet –décembre 2002, p.3.
- JIOGUE (G.), Le droit de rétention conventionnel. Etude de droit français et de droit Ohada, RASJ, Vol. 4, n°1, 2007, p. 2009, p. 109.
- KALIEU Yvette Rachel:
 - La mention manuscrite dans le cautionnement OHADA, ohadata D-03-02.
 - **A la recherche du particularisme du nantissement de compte de titres financiers, 2015**, Revue togolaise de sciences juridiques, n°7, janvier –juin 2015, 13-12.

- **L'étendue de l'obligation de la caution en droit OHADA, 2015**, in L'obligation Etudes offertes au Pr Paul-Gérard POUGOUE, Aroda- Harmattan Cameroun, 2015, p. 353-367.
- **Cautionnement** in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE Paul - Gérard, éditions Lamy, 2011, p. **497-519**.
- **Gage** in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE Paul - Gérard, éditions Lamy, 2011, p. **886-895**.
- **Propriété retenue ou cédée à titre de garantie in** Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE Paul - Gérard, éditions Lamy, 2011, p. **1443-1450**.
- **Hypothèque** in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de POUGOUE Paul - Gérard, éditions Lamy, 2011, p. **917-935**.
- **Le rôle du registre du commerce et du crédit mobilier OHADA dans l'amélioration de l'accès au crédit** in Les mutations juridiques dans le système OHADA, sous la direction de AKAM AKAM André, L'Harmattan –Cameroun, 2009, p. 133-140.
-
- MARTOR (B.), Comparaison de deux sûretés personnelles : cautionnement et lettre de garantie, La semaine juridique éd. E, Cahier du droit de l'entreprise n°5, supplément au n°44 du 28 octobre 2004, p. 21.
- MIENDJIEM (I.L.), La floating charge de droit anglais et les nantissements du droit OHADA, Revue de la Recherche Juridique Droit prospectif, 2009-3, p. 1571.
- NDIAYE (I. Y.), Le cautionnement dans l'Acte uniforme : un contrat défiguré ou revigoré ? Revue sénégalaise de droit des affaires, n°1, janvier- juin 2003, p.5.
- NKOU MVONDO (P.), L'information de la caution dans le nouveau droit des sûretés des Etats africains, ohadata D-06-33.
- SOSSA (D. C.), Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété, Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n°16, année 2006, p.3.
- SOUOP (S.), note sous CCJA, avis n°02/2000/EP du 26 avril 2000, in Juridis Périodique, n° 46, avril –juin 2001, p.95.

- BRIZOUA-BI (M.), Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA in « Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA », Droit et patrimoine, n° 197, novembre 2010, p.60 et sv.
- TIGER (P.), Douze questions sur le cautionnement et leur solution en droit OHADA, Penant, n° 840, spécial Sûretés et garanties bancaires, p. 416.
- ZERBO (Z.), Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés, Penant, mai - août 2001, p.125.
- KENFACK DOUANJI (G.):
 - les nouvelles sûretés introduites dans l'acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010, Revue de l'ERSUMA, n° spécial, novembre - décembre 2011, p. 81 et sv.
- Dossier spécial Révision de l'acte uniforme portant organisation des sûretés in Revue de droit uniforme africain, n°005, 2^{ème} trimestre 2011.
- SAKHO (Mactar):
 - Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés: propos introductifs autour d'une réforme d'envergure du droit des sûretés, Revue de l'ERSUMA, n° spécial, novembre - décembre 2011, p. 87 et sv.
 - Techniques d'optimisation des sûretés: les pièges à éviter, les diligences à respecter, revue de l'ERSUMA, n°1, juin 2012, p. 481.
- LIKILLIMBA (G.A.), L'agent des sûretés OHADA, Revue de l'ERSUMA, n° spécial, novembre - décembre 2011, p. 165 et sv.
- SAMB (Moussa), le crédit-bail dans l'espace OHADA: étude comparative des lois camerounaises et sénégalaises, Revue de l'ERSUMA, n° 1, juin 2012, p. 359 et sv.
- LIKILLIMBA (G.A.), Les crédits bancaires consortiaux et la consécration de la parallel debt en droit français, revue de l'ERSUMA, n°1, juin 2012, p. 399 et sv.
- KALIEU (Y.), Les nouveaux attributs du droit de propriété : à propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang, T.1, V.1, 1997, p. 193 et sv. (kalieu-elongo.com)
- SOSSA (D. C.), Contribution à l'étude de la nature juridique de la clause de réserve de propriété, Revue béninoise des sciences juridiques et administratives, n°16, année 2006, p.3.

- CROCQ (P.), Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. P. 78.
- CROCQ (P.), Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p. 45 et sv. Not. P. 52.
- YONDO BLACK (L.), L'enjeu économique de la réforme de CROCQ (P.), Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Droit et patrimoine, n°197, novembre 2010, p. 45 et sv. not. p. 46.
- CROCQ (P.), La réserve de sûreté in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 23 et sv.

III/ Thèses et mémoires

1. SOUPGUI Eloie, Les sûretés conventionnelles à l'épreuve des procédures collectives dans l'espace OHADA, thèse de doctorat/Ph.D en droit, Université de Yaoundé 2 – Soa, 2008.
2. FOULENG TAMOKWE Eric Armand, La lettre de garantie dans l'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé 2, 2001.
3. KABERA Athanase, Le renouveau des sûretés mobilières en OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999.
4. KELESE G. NSHOM, Mortgage as security in cameroonian law: the approach of common law and OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2006.
5. KENDA NANA Doresse, L'efficacité des suretés provisoires dans l'espace OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004.
6. MAFO DIFFO Raymond, La protection de la caution par le législateur OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005.
7. NDOUNKEU Eliane, La liberté contractuelle dans les sûretés personnelles en droit de l'OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2005.
8. NOUNENU Alain, Le droit de rétention dans l'acte uniforme portant organisation des sûretés, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1999.
9. PECHE DJOUOMO Achille, Le classement des sûretés dans l'OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 1998.
10. PONKA SEUKAM Franklin, Les figures mineures ou oubliées du cautionnement dans l'AUS, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé 2, 2008.

11. TCHOUAMBIA TOMTOM Jean Louis Bedel, Le cautionnement réel en OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang, 2004.
12. ZOMISSI NGAPOOH Gauthier, Le gage des droits de propriété intellectuelle dans l'espace OHADA, Mémoire de DEA, Université de Yaoundé 2, 2006.
13. AGBENOTO Laurent, Le cautionnement à l'épreuve des procédures collectives, thèse, Université d'Abomey Calavi, 2012.

IV/ DROIT COMPARE

1. ALBIGES Christophe, DUMOND – LEFRAND Marie-Pierre, Droit des sûretés, Dalloz, Paris, collection HyperCours, 2007.
2. CROCQ Pierre, La réserve de propriété in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.23.
3. DELEBECQUE Philippe, Le régime des hypothèques in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.29.
4. DUPICHOT Philippe, L'antichrèse in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.26.
5. GRIMALDI Michel, L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.33.
6. HOUTCIEFF Dimitri, Les sûretés personnelles in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p. 7.
7. Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés.
8. LEGAIS Dominique, Le gage de meubles corporels in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.12.
9. SIMLER Philippe, Avant propos in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.3.
10. SIMLER Philippe, Dispositions générales du Livre IV nouveau du code civil in Jurisclasseur Périodique (JCP) éd. Générale, supplément au n°20 du 17 mai 2006, Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, p.5.

V/ LEGISLATION

AU portant organisation des sûretés du 15 décembre 2010,
Loi camerounaise sur le crédit-bail de décembre 2010,
loi sénégalaise sur le crédit-bail de 2012.

