



UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
Faculté des Sciences juridiques et politiques

ANNALES AFRICAINES

Nouvelle série

**Revue de la Faculté des Sciences juridiques et politiques
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar**

Volume 2

Décembre 2018

N°9

**LE GAGE DES BIENS FONGIBLES
(Etude à partir du droit OHADA)**

Yvette Rachel KALIEU ELONGO

Agrégée des facultés de droit
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Dschang

Une publication
CREDILA





UNIVERSITE CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR
Faculté des Sciences juridiques et politiques

ANNALES AFRICAINES

Nouvelle série

Revue de la Faculté des Sciences juridiques et politiques
de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Volume **2**
Décembre 2018
N°9

Une publication
CREDILA



Directeur de publication
Le Doyen de la Faculté des Sciences juridiques et politiques
Mamadou BADJI

Secrétaire de rédaction
Le Directeur du CREDILA
Yaya BODIAN

Comité scientifique

François ANOUKAHA	Dodzi KOKOROKO
Mamadou BADJI	El Hadji MBODJ
Aminata Cissé NIANG	Amadou Tidiane NDIAYE
Ndèye Madjigène DIAGNE	Isaac Yanckhoba NDIAYE
Eloi DIARRA	Abdoulaye SAKHO
Françoise DIENG	Alioune SALL
Ndiaw DIOUF	Babaly SALL
Seydou DIOUF	Moussa SAMB
Paul NGOM	Filiga-Michel SAWADOGO
Alioune Badara FALL	Joseph Issa-SAYEGH
Ismaïla Madior FALL	Dorothee Cossi SOSSA
Ahonagnon Noël GBAGUIDI	Amsatou SOW SIDIBE
Babacar GUEYE	Demba SY
Demba KANDJII	Saïdou Nourou TALL
brahima LY	Samba TRAORE
El Hadj MBODJ	

Comité de lecture

Patrice A. S. BADJI, Yaya BODIAN, Ndèye Madjiguène DIAGNE,
Abdoulaye DIEYE, Alioune B. DIOP, Seydou DIOUF, Papa Talla FALL,
Massamba GAYE, Isaac Yanckhoba NDIAYE, Moustapha NGAIDE, Dieunedort NZOUABETH,
Cheikh A. Wakhab NDIAYE, Ndèye C. Madeleine NDIAYE, Amadou Abdoulaye DIOP

Secrétariat de rédaction

Assane DIALLO
Anna Diaw MBOUP
Mame Bator Tall BA

Centre de recherches, d'études et de documentation sur les institutions
Et les législations africaines (CREDILA)
Faculté des Sciences juridiques et politiques
Université Cheikh Anta Diop de Dakar
BP 16774 Dakar-Fann

Site web : <http://www.credila.ucad.sn>
Email : credila@ucad.edu.sn

CREDILA, 2018
ISSN : 0850-9247

LE GAGE DES BIENS FONGIBLES (Etude à partir du droit OHADA)

Par

Yvette Rachel KALIEU ELONGO,
Agrégée des facultés de droit
Faculté des Sciences Juridiques et Politiques
Université de Dschang

Introduction

1. Les biens fongibles semblent en quête permanente d'identité. Se confondant assez souvent avec les biens consommables ou les choses de genre, cette catégorie de biens a du mal à s'affirmer.

2. En effet, la notion de bien fongible ne se distingue pas toujours de celle de bien consommable¹. Pourtant, il s'agit de deux notions différentes. La fongibilité renvoie à la qualité de choses qui peuvent être remplacées les unes par les autres dans un paiement et de manière plus générale dans un rapport d'obligations car « il y a équivalence entre elles »². Par contre, la consommabilité se réfère surtout à l'usage qui est fait d'un bien. Les choses consommables sont celles qui se détruisent nécessairement par l'usage, que cet usage soit matériel ou juridique. La confusion vient probablement de ce que certains biens

¹ HUMBERT (H.), Essai sur la fongibilité et la consommabilité des meubles, Thèse Paris, 1940; JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens : la consommabilité et la fongibilité », RTDCiv. 1945, p.75 et sv. cités par MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), Droit civil Les biens LGDJ Paris, 2015, p.75; LAUDE (A.), La fongibilité, RTDCom 1995, p. 307 et sv. Voir également LOTII (B.), Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte : contribution à la distinction de la propriété et des droits réels, Thèse, Paris Sud XI, 1999, p 57; LIBCHABER (R.), Recherches sur monnaie en droit privé, LGDJ, 1992, n°130 et sv.

² MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), Droit civil Les biens, préc., p.75. Adde LIBCHABER (R.), Recherches sur monnaie en droit privé, préc., n°130 et sv. pour qui, ce qui caractérise la fongibilité est « le rapport d'équivalence qu'elle entretient entre des choses dissemblables ».

fongibles sont également consommables mais tous les biens fongibles ne sont pas consommables³.

La confusion est également entretenue entre choses de genre et choses fongibles puisque les choses fongibles sont parfois qualifiées choses de genre⁴. Là également, une distinction doit être opérée. La qualification de chose de genre qui s'oppose à celle de corps certain s'applique à un bien pris isolément, à l'état naturel, alors que la fongibilité d'un bien - qui s'oppose à la non fongibilité, ne peut être appréciée que dans un rapport avec d'autres biens. La fongibilité est « une caractéristique extérieure à la chose »⁵. Elle ne tient pas à sa nature mais résulte d'un ensemble de caractères qu'une chose doit présenter. Mais surtout, elle établit un rapport entre des biens ; un bien n'est pas fongible en soi mais par rapport à d'autres. Pourtant, il faut admettre que la fongibilité peut être aisément appliquée aux choses de genre⁶. Comme celles-ci, les biens fongibles se déterminent généralement par leur nombre, leur mesure ou leur poids. Pour autant, les deux notions ne sont pas synonymes⁷; les choses de genre ne sont pas toujours des choses fongibles.

3. Le critère essentiel qui permet de distinguer les biens fongibles des autres catégories de biens est essentiellement l'interchangeabilité qui implique l'idée de remplacement et suppose un rapport d'équivalence entre des choses de même nature ou espèce. Mais, à côté de cette la fongibilité naturelle ou objective, est parfois admise la

³ Les valeurs mobilières par exemple sont fongibles mais ne sont pas consommables (COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, LexisNexis, 26^{ème} éd., 2013, p. 502, n° 977).

⁴ Par ex. MALAURIE (P.) et AYNÈS (L.), Droit civil Les biens, préc., p. 75 ; COURBE (P.), LATINA (M.), Droit civil Les biens, 8^{ème} éd., 2016, p. 18.

⁵ LIBCHABER (R.), préc., n°134.

⁶ Un auteur l'exprime autrement en disant que « le principe de la fongibilité ne trouve quasiment pas d'application en dehors des choses de genre ». LIBCHABER (R.), préc., n°134.

⁷ Dans le même sens, DROSS (W.), Droit des biens, 2^{ème} éd., LGDJ Lextenso Editions, 2014, p.53, n° 50 : « Choses fongibles et choses de genre ne se confondent pas (...). Tandis que l'appartenance à un genre de choses est une donnée naturelle (...), la fongibilité relève du droit des contrats. Deux choses sont déclarées fongibles lorsque le débiteur peut les fournir indifféremment à son créancier pour sa libération ».

fongibilité dite conventionnelle ou subjective⁸. La première résulte de la nature des choses alors que la seconde est le fruit de la volonté des parties et permet de reconnaître comme fongibles « des choses de structure et donc de genres différents »⁹.

4. Qu'elle soit appréhendée selon la conception restrictive - fongibilité naturelle ou extensive - fongibilité conventionnelle, il est important de dépasser la notion pour s'intéresser surtout à ses fonctions. La fongibilité doit être surtout prise en compte par rapport à son rôle.

5. La fongibilité est d'abord un critère de classification des biens. Elle permet d'appréhender tous les biens qu'ils soient corporels ou incorporels¹⁰ ou qu'ils soient spécifiques comme la monnaie¹¹. Elle n'est cependant pas un critère principal et autonome. Elle n'est pas le critère principal de classification des biens. A côté de la *summa divisio* que constitue la distinction entre les meubles et les immeubles,

⁸ Pour une présentation de ces différents critères de fongibilité, lire LAUDE (A.), *La fongibilité*, préc., p. 315 et sv.

⁹ LOTTI (B.), thèse préc., p. 42.

¹⁰ Ex. Les valeurs mobilières dématérialisées et de manière générale les titres financiers et les actifs scripturaux Certains auteurs n'ont pas hésité à qualifier les valeurs mobilières de biens « indiscutablement fongibles ». En ce sens : COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, préc., p. 502, n°977. Egalement : FIORINA (D.), *L'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières*, RTDCiv. Janvier - mars 1995, p. 43 et sv. spéc. 45, 62 et sv. La dématérialisation des valeurs mobilières sous forme d'inscription sur les comptes titres a généralisé la notion de fongibilité pour une même catégorie de titres émis par un émetteur. L'article 744 alinéa 2 de l'acte uniforme OHADA relatif au droit des sociétés commerciales et du GIE (AUSCGIE) en disposant que « Elles (les valeurs mobilières) confèrent des droits identiques par catégorie », admet implicitement mais nécessairement la fongibilité des valeurs mobilières.

¹¹ En effet, s'il est admis sans grande discussion que la monnaie est un bien fongible, il est tout aussi admis qu'elle présente de nombreuses spécificités ne serait-ce que parce qu'elle peut se présenter sous diverses formes (monnaie métallique, monnaie scripturale). Sur la fongibilité de la monnaie en particulier, lire LIBCHABER qui affirme que : « la fongibilité générale de la monnaie n'est qu'une fongibilité à sens unique. En effet, toute chose a un équivalent monétaire, mais la monnaie, est à l'inverse une chose en soi », ouvrage précité, p. 108, n°135. Pour une approche économique de la fongibilité de la monnaie, BLANC (J.), « L'articulation des monnaies : questions sur la fongibilité et la convertibilité », *Journée d'étude « Souveraineté et espaces monétaires dans les Amériques »*, May 2006, 2006. <halshs - 00080392>.

la distinction entre les biens fongibles et ceux qui ne le sont pas occupe une place secondaire. Elle n'est pas non plus un critère autonome car la fongibilité est souvent associée, on l'a dit, à la consomptibilité.

6. Au-delà du critère de classification des biens¹² qu'elle constitue, d'autres fonctions, d'autres intérêts sont attachés à la qualification de bien fongible.

7. Dans les rapports d'obligations, la fongibilité a une fonction libératoire en ce qu'elle facilite les paiements. Les choses fongibles ont un même pouvoir libératoire. L'article 1291 du code civil¹³ prévoit la compensation des dettes ayant également pour objet des choses fongibles. La fongibilité n'est certes pas la seule condition de la compensation légale, mais elle figure parmi les plus importantes¹⁴.

8. Dans le prolongement de cette fonction libératoire, la fongibilité des biens n'est pas indifférente par rapport au régime de certaines sûretés. Les biens fongibles occupent une place grandissante en droit des sûretés et particulièrement des sûretés réelles.

9. C'est d'abord la question de la revendication des biens fongibles¹⁵, en particulier ceux vendus avec une clause de réserve de propriété, qui a mis en lumière le rôle de la fongibilité en droit des sûretés. Lorsqu'une marchandise est vendue avec une clause de réserve de propriété, elle ne peut être revendiquée que si elle se retrouve en nature chez le débiteur. Toutefois, lorsqu'il s'agit de biens fongibles, il a été admis que la revendication peut porter sur des biens de même nature détenus par le débiteur ou pour son compte. A la suite d'autres législations, le droit OHADA a consacré cette règle¹⁶.

¹² COURBE (P.), LATINA (M.), *Droit civil Les biens*, 8^{ème} éd., 2016, p. 18.

¹³ Dans la version applicable dans certains pays de l'OHADA tels que le Cameroun.

¹⁴ Sur la compensation, lire par ex. MALAURIE (P.) AYNES (L.), STOFFEL-MUNCK (P.), *Droit des obligations*, 8^{ème} éd. LGDJ, 2016, p.695 et sv.

¹⁵ LAUDE (A.), *La fongibilité*, préc., not. p. 333 et sv.

¹⁶ L'article 75 AUS révisé dispose : « La propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ».

10. Ensuite, le régime du nantissement des stocks est largement influencé par la nature fongible des éléments du stock¹⁷. La notion de biens fongibles figurait déjà dans la définition du nantissement des stocks telle qu'elle ressortait de l'AUS de 1997. L'article 100 AUS disposait clairement que : « les matières premières, les produits d'une exploitation agricole ou industrielle, les marchandises destinées à la vente, peuvent être nantis (...) à condition de constituer un ensemble déterminé de choses fongibles avant l'émission du titre ». La fongibilité des biens constituant le stock imprimait un régime propre au nantissement¹⁸.

11. Mais, c'est surtout à travers les règles applicables au gage des biens fongibles que se révèle le rôle de la fongibilité en relation avec le droit des sûretés. Les articles 101¹⁹, 102²⁰ et 110²¹ tels qu'issus de

¹⁷ Sur ce régime, lire : FENEON (A.), « Le nantissement de stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace de l'Acte uniforme sur les sûretés », *Penant*, n° 840, 2002, p. 274 et sv. ; MINKOA SHE (A.), *Droit des Sûretés et des Garanties du Crédit dans l'Espace OHADA*, T.2, Les garanties réelles, Ed. Dianoia, 2010, n° 863 ; ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, 1998, p. 22, n°45 ; ANOUKAHA (F.), CISSE-NIANG (A.), FOLI (M.), ISSA SAYEGH (J.), NDIAYE (I.Y.), SAMB (M.), *OHADA Sûretés*, Bruylant Bruxelles, 2002, p.147, n° 381 et sv.

¹⁸ Depuis la réforme de l'AUS, l'article 120 qui traite du gage des stocks renvoie à la notion d'ensemble de biens sans faire allusion à la fongibilité. Les auteurs pensent néanmoins qu'il faut maintenir implicitement, l'exigence de la fongibilité. En ce sens : MBA-OWONO (C.), « A la recherche du régime juridique d'un instrument de crédit institué par le droit OHADA : le bordereau de gage des stocks », *Penant*, n° 891, avril - juin 2015, p. 189 et sv. not. p. 196. Egalement, ISSA SAYEGH (J.), note sous article 120 AUS in *OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2018, p. 928.

¹⁹ Qui dispose : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit, sauf clause contraire, les tenir ou les faire tenir séparées des choses de même nature détenues par lui ou le tiers convenu. A défaut, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice des dommages-intérêts.

Lorsque la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des biens gagés, à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. En cas d'entiercement, la propriété ainsi acquise par le créancier peut s'exercer sur des biens de même espèce et de même qualité détenus par le tiers convenu ».

²⁰ Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le contrat de gage peut permettre au constituant de les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. Cette autorisation donnée au constituant vaut renonciation par le créancier à l'exercice de son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur de ces biens ».

la révision de l'acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) sont consacrés au gage des biens fongibles²². Bien que peu nombreuses, ces dispositions nouvelles, en particulier des articles 101 et 102, amènent à s'interroger sur la possible particularité du gage des biens fongibles à côté du gage de droit commun.

12. Défini comme « le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier, le droit de se faire payer par préférence sur un bien corporel ou un ensemble de biens corporels présents ou futurs », le gage²³ a connu, à la faveur de la réforme du droit OHADA des sûretés intervenue en décembre 2010²⁴, des modifications importantes²⁵. Il est désormais marqué entre autres, par la possibilité du gage des biens futurs, l'admission du pacte commissoire et surtout l'introduction de la distinction entre gage avec dépossession et gage sans dépossession²⁶. Considéré pendant longtemps comme un contrat

²¹ Cet article dispose : « Si le gage, quelles qu'en soient les modalités, a pour objet un ensemble de biens fongibles, le créancier peut exiger du constituant, à peine de nullité, qu'il en maintienne la valeur (...) ».

La notion d'ensemble de biens fongibles utilisée ici, doit être distinguée de celle d'ensemble de biens des articles 92 et 96 AUS qui ne suggère pas, nécessairement, une idée de fongibilité et donc d'interchangeabilité des biens formant l'ensemble. Il peut s'agir d'une universalité de fait telle une collection de tableaux ou de livres.

²² Sur cette réforme, lire par exemple : CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy 2012.

²³ Désormais régi par les articles 92 et sv AUS.

²⁴ CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, préc., p. 205 et sv ; CROCQ (P.), « Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, *Droit et patrimoine*, n°197, novembre 2010, p. 52 et sv. ; YONDO BLACK (L.), « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés. Un atout pour faciliter l'accès au crédit », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, *Droit et patrimoine*, préc., p. 45 et sv. ; MARCEAU-COTTE (A.) et LAISNEY (L. J.), « Vers un nouveau droit du gage OHADA », *Bientôt un droit des sûretés dans l'OHADA*, *Droit et patrimoine*, préc., p.66 et sv.

²⁵ Qui s'inspirent elles-mêmes de celles intervenues en France en 2006. Sur la réforme du droit du gage en France, lire par ex. ALBIGES (C.), DUMOND - LEFRAND (M.-P.), *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, collection HyperCours, 2007, p. 223 et sv; LEGEAIS (D.), « Le gage de meubles corporels » *Jurisque 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.

²⁶ Dont on verra l'incidence sur le régime du gage des biens fongibles.

réel²⁷, le gage ne pouvait exister en l'absence de dépossession²⁸. Depuis la réforme de l'AUS, la dépossession est réduite à une simple condition d'opposabilité du gage. Le contrat est valablement formé par l'établissement d'un écrit qui peut être authentique ou sous seing privé. Ce faisant, le gage devient un contrat solennel²⁹.

Le fait que le gage porte sur des biens fongibles c'est-à-dire des biens interchangeable avec d'autres de même nature et espèce que le créancier ou le tiers détient - en cas de gage sans dépossession - ou que le constituant possède, serait, en principe, sans incidence sur le régime du gage. Les rédacteurs du nouvel acte uniforme, tout en introduisant la notion de biens fongibles dans les dispositions relatives au gage, n'ont pas fait du gage de biens fongibles un gage spécial à l'image du gage des véhicules automobiles ou du matériel professionnel. Dès lors, on pourrait conclure que la fongibilité des biens gagés est indifférente et ne justifie pas, à elle seule, une modification des règles applicables.

13. Pourtant, sur un certain nombre de points, il apparaît que le caractère fongible des biens, associé parfois à la volonté des parties³⁰, emporte désormais des dérogations au régime du gage, à défaut d'entraîner une modification de la nature de la sûreté³¹. La fongibilité des biens gagés influence le régime du gage en droit OHADA en ce

²⁷ La jurisprudence française l'a consacré. L'un des arrêts de principe semble être celui de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 18 mai 1898, DP 1900, I, p. 481, note Sarrut cité par BILLAU (M.), « Réflexions sur le gage », JCP éd. G, 1996, n° 3867. Mais cette solution n'a pas toujours fait l'unanimité en doctrine. LEGAIS (D.), Sûretés et garanties du crédit, 8^{ème} éd., 2011, p. 399, n° 455.

²⁸ L'article 44 AUS dans sa version antérieure définissait le gage comme : « Le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou au tiers convenu entre les parties pour garantie du paiement d'une dette ».

²⁹ DUPICHOT (Ph.), article préc., p. 10. Un auteur affirmait déjà, avec force il y a quelques années que « le gage n'est certainement plus toujours un contrat réel » (BILLAU (M.), Réflexions sur le gage, préc., p.

³⁰ Sur le pouvoir des parties en matière de sûretés réelles, lire : DUPICHOT (Ph.), Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés, Thèse, Ed. Paris-Assas, 2005 cité par DUPICHOT (Ph.), L'efficacité économique des sûretés réelles, préc., p.3.

³¹ A défaut de transformer le gage en une sûreté sur la propriété, la fongibilité aurait pour conséquence de transformer le gage en un gage irrégulier. En ce sens : BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) et JOBARD -BACHELIER (M. N.), Droit des sûretés, 5^{ème} éd, Sirey, 2016, p.463, n°818.

que d'une part, elle justifie un renforcement des prérogatives des parties au contrat de gage (I), d'autre part, elle emporte une novation des obligations nées du contrat de gage (II).

I : La fongibilité des biens, critère de renforcement des prérogatives des parties au contrat de gage

14. Au-delà d'être des modalités de constitution du gage, la dépossession et l'absence de dépossession du créancier selon le cas, emportent des conséquences différentes sur la situation des parties au contrat. Ceux-ci n'assument pas les mêmes obligations et ne bénéficient pas des mêmes droits selon que le gage est avec, ou sans dépossession³². Le caractère fongible des biens gagés peut pourtant justifier des modifications des règles applicables si les parties le souhaitent. Plus précisément, lorsque le gage porte sur des biens qui, du fait de leur interchangeabilité, peuvent se mélanger et se confondre avec les biens détenus par le créancier ou ceux dont dispose le constituant, l'AUS, s'inspirant des dispositions du code civil français, autorise désormais les parties à aménager sur certains points, le régime du gage. Cette liberté dont peuvent bénéficier les parties³³, associée à la fongibilité du bien gagé leur permet de modifier, si elles le souhaitent, les prérogatives que la loi leur accorde.

15. Selon que le gage est avec ou sans dépossession, cet aménagement ne produit pas les mêmes effets. Dans le premier cas, le créancier ou le tiers convenu peut être dispensé de l'individualisation du bien gagé, ce qui a pour conséquence, du fait de la fongibilité du bien, de faire acquérir le droit de propriété au créancier (A). Dans le

³² Sur les effets propres à chaque type de gage en droit OHADA, voir CROCQ (P.) (Dir.), *Le nouvel acte uniforme...*, préc., p. 206, n°272 et sv. .

³³ L'influence de la volonté des parties sur le contrat de gage n'est pas nouvelle. Sur bien des points, le droit des sûretés réelles n'est pas un droit impératif. En ce sens : ISSA SAYEGH (J.), *La liberté contractuelle dans le droit des sûretés OHADA*, Penant, n°851, 2005, p. 150 et sv. ; BIMBOU LOUAMBIA (A. M.), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Penant, n°899, avril-juin 2017, p. 220 et sv. not. p. 245 et sv.

second cas, le constituant peut se voir reconnaître le droit d'aliéner le bien gagé (B).

A/ Le droit de propriété du créancier dans le gage avec dépossession de biens fongibles

16. Outre la maîtrise qu'il exerce sur le bien objet de la sûreté - en qualité de détenteur précaire, le créancier gagiste avec dépossession jouit de certaines prérogatives spécifiques. Il bénéficie, en particulier, du droit de rétention prévu par l'article 99 AUS³⁴ qui lui permet de refuser de restituer le bien même en cas d'ouverture d'une procédure collective³⁵. Par contre, le créancier ne peut ni user ni percevoir les fruits de la chose gagée, sauf lorsque la convention le prévoit. Encore moins peut-il en acquérir la propriété³⁶. Lorsque le créancier détient des choses de même nature que celles remises en gage et que celles-ci se confondent avec celles-là du fait de leur fongibilité³⁷, le principe demeure. Le créancier n'en devient pas propriétaire. C'est la raison

³⁴ Le droit de rétention a, entre autres avantages, de protéger le créancier contre l'aliénation de la chose. En même temps, il constitue pour le débiteur « une incitation extrêmement énergique de payer » (PIETTE (G.), Droit des sûretés, 5ème éd. Gualino Lextenso édition, 2011, p. 97).

³⁵ En cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens par exemple, le syndic ne peut retirer le gage qu'en remboursant la dette et s'il n'a pas agi dans le délai de trois mois de la décision d'ouverture de la procédure, le créancier gagiste peut reprendre les poursuites, à charge de rendre compte au syndic (article 149 AUPCAP).

³⁶ Il en est ainsi puisque « L'affectation d'un bien en garantie par les sûretés mobilières se traduit toujours par l'affectation unique et exclusive de sa valeur au créancier qui n'a jamais vocation à bénéficier de ses utilités ». KALCZYNSKI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec, 2001, n°313.

³⁷ Cette fongibilité suppose l'identité de la structure et des fonctions. LOTTI (B.), Thèse préc., p.40-41.

pour laquelle l'article 101 AUS³⁸ exige, du créancier, l'individualisation des biens gagés³⁹.

L'individualisation, qui n'est pas propre au gage, encore moins au gage portant sur une chose fongible⁴⁰, permet de délimiter l'assiette de la sûreté et répond par conséquent à l'exigence de spécialité du gage. Elle fait également obstacle à la confusion des biens⁴¹ et elle assure la protection des droits du constituant tout en préservant l'identité du bien gagé ce qui facilite la restitution. En l'absence d'individualisation, le constituant peut demander la restitution du bien ce qui entraîne la perte du gage. Il peut également exiger des dommages-intérêts conformément à l'article 101 al.1 in fine AUS.

Parce qu'il doit individualiser le bien gagé en le tenant séparé des biens de même nature détenus par lui, le créancier n'acquiert aucun droit sur l'objet du gage. Il n'en est pas propriétaire parce que justement « la propriété (...) reste au constituant »⁴². Il ne peut même pas en user et en jouir sauf autorisation.

17. Mais, l'exigence d'individualisation de l'objet du gage, qui ne se pose que si le créancier détient, au moment de la constitution du gage des biens de même nature ou espèce, n'est pas impérative. Le créancier peut en être dispensé. Il en va de même pour le tiers convenu à qui les biens sont remis. Dans ce cas, les biens perdent leur identité. Ils se mélangent et se confondent avec ceux du créancier ou du tiers convenu. Au-delà de cette conséquence somme toute logique qui résulte de la fongibilité, l'acte uniforme attache un effet particulier à

³⁸ Qui dispose que : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit, sauf clause contraire, les tenir ou les faire tenir séparées des choses de même nature détenues par lui ou le tiers convenu ».

³⁹ L'individualisation se fait par divers moyens : mesurage, pesage, marquage, entreposage, comptage ou sous la forme d'une inscription en compte lorsque le gage porte sur des biens de nature particulière comme les valeurs mobilières.

⁴⁰ Elle se rencontre dans de nombreux contrats et en particulier dans le contrat de vente lorsque celui-ci porte sur des choses fongibles. Elle est alors la condition du transfert de propriété de la chose vendue et partant du transfert des risques mais elle n'est pas une condition de validité de la vente qu'elle permet seulement de parfaire. L'individualisation différerait également le moment d'acquisition du droit de propriété par l'acheteur. LAUDE (A.), *La fongibilité*, préc., not. p. 340 et sv.

⁴¹ LOTTI (B.), préc., p. 43.

⁴² AYNES (L.), CROCQ (P.), préc., p. 240, n° 511.

l'absence d'individualisation ; elle fait acquérir la propriété de la chose gagée. L'article 101 alinéa 2 AUS prévoit ainsi que « lorsque la convention dispense le créancier de (cette) obligation (d'individualisation), il acquiert la propriété des choses gagées ». Certains auteurs en ont déduit que « la remise est translatrice de propriété »⁴³. De simple détenteur des biens gagés appartenant au constituant, le gagiste en devient propriétaire.

18. La question du transfert de propriété au détenteur des biens fongibles a été discutée en doctrine. Pour certains, la propriété du détenteur n'était jusque-là admise que comme une conséquence de la fongibilité des biens et du droit d'en disposer⁴⁴. D'autres, par contre, tout en admettant que le détenteur des choses fongibles puisse exercer des prérogatives sur ces choses notamment celle d'en disposer⁴⁵, ne reconnaissent pas, au détenteur, la qualité de propriétaire⁴⁶. Désormais et s'agissant du créancier gagiste en particulier, sa qualité de propriétaire ne se déduit pas de la seule fongibilité des biens, mais est expressément prévue par la loi. Le droit de propriété ainsi reconnu

⁴³ AYNES (L.), CROCQ (P.), préc., p. 234, n° 505. Allant dans le même sens, le Professeur CABRILLAC affirme s'agissant particulièrement du gage de somme d'argent que : « Lorsque le constituant remet purement et simplement au bénéficiaire de la garantie une somme dont celui-ci dispose librement, il lui en transfère forcément la propriété (...). (CABRILLAC (M.), Les sûretés conventionnelles sur l'argent, Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean DERRUPE, Litec, 1991, p. 333 et sv. not. p. 335).

⁴⁴ Par ex. Madame LAUDE affirme que : « La fongibilité emporte transfert du droit de disposer et fonde, par là-même, le transfert du droit de propriété », LAUDE (A.), préc., p. 333.

⁴⁵ Le droit de disposer ferait ainsi partie des effets principaux de la fongibilité : « En règle générale, elle (la fongibilité) confère au dépositaire, à l'emprunteur ou au quasi-usufructier, le droit de disposer de la chose ... ». LAUDE (A.), La fongibilité, préc., p. 329.

⁴⁶ Voir notamment LOTTI (B.), Le droit de disposer de la chose d'autrui, Thèse, préc., qui démontre que le droit de disposer du bien d'autrui serait une prérogative détachée du droit de propriété et qui peut être exercée par un non propriétaire. Dans le même sens, le Professeur AYNES affirme que le créancier n'acquiert pas la propriété mais uniquement le droit de disposer des biens gagés (AYNES (L.), « Le gage des meubles corporels », Droit et patr. 2005, p. 61 et sv.

au créancier gagiste s'inscrit dans une tendance générale du recours à la notion de propriété⁴⁷.

19. S'il est donc admis que le créancier devient propriétaire de la chose gagée et que celle-ci se confond avec les choses de même genre ou nature détenues par lui⁴⁸, il importe ensuite de se demander si cette propriété de nature particulière - que l'on pourrait qualifier de dénaturée ou d'imparfaite⁴⁹ - présente les caractères traditionnels du droit de propriété. Autrement dit, confère-t-elle un droit exclusif, direct et perpétuel sur la chose et est-elle assortie des prérogatives traditionnelles du propriétaire que sont l'usus, le fructus et l'abusus ?

20. Relativement aux caractères du droit de propriété du gagiste⁵⁰, il ne fait pas de doute que le créancier exerce un pouvoir direct sur la chose, puisqu'il en a la maîtrise matérielle même en cas d'entiercement. Par contre, il est difficile d'affirmer que ce pouvoir est exclusif de tout autre pouvoir sur le bien gagé. Le droit de propriété du gagiste n'éteint pas le droit de propriété originaire du constituant, mais entraîne une sorte de concurrence des droits de propriété⁵¹ ou de

⁴⁷ Un auteur a relevé à ce propos que l'on recourt de plus en plus et peut être parfois de manière abusive à la notion de propriété. En ce sens, REYGROBELLET (A.), « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », RTDCom. Avril-juin 1999, p. 306 et sv. Cet auteur constatait « une dérive terminologique regrettable qui conduirait à utiliser improprement l'idée de propriété, là où il n'y aurait en réalité qu'un simple droit de créance ».

⁴⁸ Selon un auteur, ce droit de propriété « transforme complètement la nature de l'opération » (ANCEL (P.), préc., p. 142, n°300). Allant dans le même sens, le Professeur CABRILLAC affirme, s'agissant du gage de somme d'argent, que : « Le fait que le constituant ne se dépouille pas seulement de la possession mais aussi de la propriété, élève (...) un obstacle incontournable à la qualification de gage car, poursuit-il, « si le créancier acquiert la propriété du bien affecté, les prérogatives du gagiste ne se trouvent plus à s'exercer, absorbées qu'elles sont par les prérogatives plus larges du propriétaire ». CABRILLAC (M.), « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », Les activités et les biens de l'entreprise Mélanges offerts à Jean DERRUPE, Litec, 1991, p. 333 et sv. not. 335.

⁴⁹ Un auteur a parlé à ce propos « des formes mineures de propriété qui se développent, c'est-à-dire des formes diminuées, temporaires, et affectées à une finalité, finalité qui délimite d'ailleurs les pouvoirs octroyés ». ROCHFELD (J.), Les grandes notions du droit privé, PUF, 2013, p. 314.

⁵⁰ Son droit de propriété s'étend aussi bien aux choses déjà détenues par lui qu'aux biens qui font l'objet du gage.

⁵¹ GOYET (C.), ouvrage préc., p. 21, n°17. L'auteur, relativement au bail superficière, n'hésite pas à utiliser la notion de « propriété double » ou de la

dédoublément de la propriété⁵². Il ne s'agirait pas seulement d'une propriété économique⁵³ qui lui permettrait de tirer profit des utilités de la chose tout en réservant la propriété juridique au constituant, mais d'une véritable propriété concurrente de celle de celui-ci. Mais, relativement à la durée, le droit de propriété du gagiste est essentiellement temporaire⁵⁴ ce qui fait échec au caractère perpétuel qui est en principe reconnu au droit de propriété⁵⁵.

21. Pour ce qui est des prérogatives, la question est de savoir si le créancier peut user, jouir et disposer des biens reçus en gage comme tout propriétaire. Dès lors qu'il acquiert la propriété des biens conformément à l'article 101 alinéa 2 AUS précité, le gagiste se voit reconnaître nécessairement le droit d'exercer les différents attributs de la propriété. L'article 103 AUS qui prévoit que sauf convention des

« décomposition de la propriété » puisque selon lui, « La propriété superficière procure, aussi longtemps qu'elle dure, les avantages de la propriété » (p.180.) Il est vrai que dans le bail superficière et le crédit-bail la propriété joue le rôle de garantie alors que dans le gage de biens fongibles, elle renforce surtout les droits du créancier sur l'objet du gage.

⁵² BLANLUET (G.), Essai sur la notion de propriété économique en droit privé français, Thèse, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, T. 313, 1999, p. 82, n° 98. Selon cet auteur « elle (la propriété) est divisible, sans pour autant que la division dont elle peut faire l'objet résulte nécessairement d'un démembrement ». Ce dédoublement de propriété serait différent de la propriété plurale dans laquelle « il n'y aurait pas concurrence de droits identiques mais superposition de deux ou plusieurs droits différents sur le même bien », ROCHFELD (J.), Les grandes notions du droit privé, préc., p. 313.

⁵³ Alors que dans la propriété économique le détenteur exerce tous les attributs de la propriété sans pour autant être propriétaire, dans le cas du gage des biens fongibles, le créancier détenteur a juridiquement la qualité de propriétaire.

⁵⁴ Comparer avec la propriété du superficière qui est également une « propriété temporaire » par dérogation à la perpétuité du droit de propriété. GOYET (C.), ouvrage préc., passim.

⁵⁵ POURQUIER (C.), Propriété et perpétuité Essai sur la durée du droit de propriété. PUAM 2000. L'usufruit tout en étant un démembrement de la propriété est également considéré comme une propriété temporaire. DROSS (W.), préc. p.77, n°82 : « Il (l'usufruit) opère une scission temporelle de la maîtrise du bien, laquelle sera celle de l'usufruitier pendant toute la durée de l'usufruit, puis, au terme de celui-ci, celle du nu-propriétaire ». On parle également du transfert temporaire des valeurs mobilières. Cependant, la propriété temporaire des valeurs mobilières ne confère pas tous les attributs du droit de propriété car elle limite le droit de jouissance du propriétaire temporaire (LE NORMAND-CAILLERE (S.), Droit et fiscalité du transfert temporaire des valeurs mobilières, Lexis Nexis, 2015, p. 81, n° 94 et sv.).

parties, le créancier gagiste ne peut user de la chose gagée ni en percevoir les fruits ne trouve donc plus à s'appliquer. Bien plus, le créancier peut disposer de la chose gagée⁵⁶. Ce droit de disposer, qui est sans doute l'attribut essentiel du droit de propriété⁵⁷ emporte, pour le créancier, le droit de faire sortir le bien de son patrimoine et partant, de celui du constituant. Il confère à la fois pouvoir de disposition matérielle et juridique de la chose. La disposition matérielle peut porter atteinte à la substance du bien voire conduire à sa destruction⁵⁸ ou à son abandon alors que la disposition juridique permet par exemple de vendre, de constituer un gage ou de céder gratuitement le bien. Aucun de ces actes ne serait interdit au créancier devenu propriétaire.

Il peut ainsi tirer profit de toutes les utilités de la chose comme le ferait le dépositaire⁵⁹, l'emprunteur ou le quasi-usufructier⁶⁰ chaque fois que la chose déposée, prêtée ou faisant l'objet d'usufruit est une chose fongible. Mais, à la différence de ces derniers dont le droit de propriété, lorsqu'il est reconnu, ne se déduirait que de leur droit de disposer et de la nature fongible du bien, le droit de propriété du gagiste est légalement consacré. Il faut cependant en reconnaître l'originalité puisque le créancier reste tenu de l'obligation de restituer la chose⁶¹ ou tout au moins une chose équivalente⁶².

⁵⁶ Pour les Professeurs AYNES et CROCQ, le créancier ne devient pas véritablement propriétaire mais acquiert surtout « l'abusus car le constituant conserve une propriété en valeur ». AYNES (L.), CROCQ (P.), préc. p. 232.

⁵⁷ Conformément à l'article 544 C.Civ., le droit de disposer de la chose est un attribut essentiel du droit de propriété. Un auteur a pourtant démontré que ce droit de disposer peut être dissocié du droit de propriété en particulier lorsqu'il est exercé sur le bien d'autrui. LOTTI (B.), *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte...*, Thèse, préc., p. 50 et sv.

⁵⁸ Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'une propriété économique car si celle-ci confère l'abusus, elle ne donne pas en général au créancier la faculté de détruire la chose. GOYET (C.), préc., p.211.

⁵⁹ Par exemple, le banquier dépositaire peut disposer des sommes déposées dans le compte bancaire. Voir en ce sens : BONNEAU (T.), *Droit bancaire*, 10^{ème} éd., LGDJ Lextenso éditions 2013, p. 53, n° 54 ; DEKEUWER DEFOSSEZ (F.), MOREIL (S.), *Droit bancaire Mémentos Dalloz*, 11^{ème} éd. 2017, p. 63 - 64.

⁶⁰ LAUDE (A.), *La fongibilité*, préc., p. 329 et sv.

⁶¹ Idem.

⁶² Voir infra, n° 29 et sv.

22. La situation du créancier gagiste se rapproche finalement de celle du débiteur dans le gage avec dépossession. Ce dernier, du fait de la fongibilité du bien gagé, voit également ses pouvoirs étendus car il peut bénéficier du droit d'aliéner l'objet du gage.

B/ Le droit d'aliénation du constituant dans le gage sans dépossession de biens fongibles

23. Bien qu'il soit propriétaire et qu'il conserve la possession de la chose donnée en gage, le constituant, en cas de gage sans dépossession, voit généralement ses prérogatives limitées sur la chose gagée qui est affectée à la garantie de la dette. Le principe de la spécialité du gage qui permet d'identifier avec précision l'objet du gage⁶³ ainsi que les mécanismes de publicité mis en place assurent la protection des droits du créancier⁶⁴.

Parce que le créancier devra, en cas de défaillance éventuelle du débiteur, procéder à la réalisation du gage⁶⁵, le constituant est tenu, en dépit de l'absence de dépossession, de l'obligation de conservation du gage. L'article 108 alinéa 2 AUS l'exprime clairement en ces termes : « Lorsque le constituant est resté en possession du bien gagé, il doit le conserver en bon père de famille et, notamment, l'assurer contre les risques de perte et de détérioration totale ou partielle ». L'obligation de conservation est donc assortie d'obligations spécifiques dont une obligation générale, celle d'agir en bon père de famille et une obligation spécifique, celle d'assurer le bien gagé contre

⁶³ L'article 96 AUS dispose à cet effet que : « A peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ».

⁶⁴ Lorsque le gage est sans dépossession, il est soumis, pour son opposabilité, à la publicité au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) dans les conditions prévues par les articles 51 et suivants de l'AUS.

Il est vrai que cette protection est parfois relative du fait des risques de disparition ou de dissimulation du gage. En ce sens : AYNES (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés La publicité foncière*, LGDJ, Lextenso éditions, 7ème éd., 2013, p. 241.

⁶⁵ Les modes de réalisation prévus par l'article 104 AUS ne varient pas suivant que le gage est avec ou sans dépossession. Il s'agit de la vente forcée, de l'attribution conventionnelle ou de l'attribution judiciaire sous réserve du respect de certaines conditions.

les risques de perte et de détérioration. La première est une obligation de moyens ; le constituant doit justifier qu'il a apporté au bien tous les soins qu'elle nécessite. La seconde est une obligation de résultat.

En plus de la responsabilité contractuelle qui découle du non respect de l'obligation de conservation, celle-ci est assortie de sanctions spécifiques. L'article 109 AUS sanctionne assez sévèrement le manquement à l'obligation. Le créancier peut soit se prévaloir de la déchéance du terme qui rend la créance immédiatement exigible, soit solliciter un complément de gage. Il s'agit, dans ce dernier cas, de préserver la valeur du gage qui est affectée au créancier.

24. S'il doit conserver la chose affectée en garantie, a fortiori, le constituant ne pourrait en disposer bien qu'il en soit propriétaire. Son droit de propriété est ainsi amputé d'un attribut essentiel sans que, pour autant, cet attribut soit, comme dans le cas de la réserve de propriété par exemple, transféré au débiteur⁶⁶. Par contre, le constituant peut continuer à user et jouir du bien gagé. Cependant, ces droits d'usage et de jouissance sont généralement limités car, s'il doit les exercer, c'est toujours sous réserve de ne pas porter atteinte à la substance de la chose. Ces mesures visent à assurer la protection du créancier.

25. La fongibilité du bien gagé a pour conséquence de mettre en échec ces règles traditionnelles de protection du créancier. En lieu et place de son obligation de conservation, et du fait de l'interchangeabilité des biens gagés qui permet qu'ils puissent être remplacés par d'autres biens équivalents, le constituant peut se voir reconnaître des prérogatives, en particulier, le droit d'aliéner la chose⁶⁷. L'article 102 AUS tel qu'issu de la réforme de 2010, dispose à cet effet que : « lorsque le gage sans dépossession a pour

⁶⁶ En effet, dans la réserve de propriété, le vendeur conserve la propriété juridique mais est privé des utilités de la chose qui sont transférées au créancier acheteur. Celui-ci a notamment le droit de vendre et donc d'aliéner les marchandises achetées avec une clause de réserve de propriété.

⁶⁷ Il arrive de plus en plus que le constituant soit autorisé à jouir des utilités de la chose gagée c'est-à-dire qu'en dépit de la constitution de la sûreté, certaines prérogatives sont maintenues en sa faveur dans le but par exemple de conserver la valeur de la sûreté. En ce sens : KALYNSKI (L.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, Litec, 2001, p. 341 et sv.

objet des choses fongibles, le contrat de gage peut permettre au constituant de les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes (...) ».

Le droit d'aliénation qui est essentiellement d'origine conventionnelle⁶⁸, permet au constituant, resté en possession, de tirer profit de toutes les utilités de la chose⁶⁹, de jouir pleinement de ses prérogatives de propriétaire, en dépit de l'existence d'une sûreté puisque celle-ci a principalement pour effet d'affecter la valeur du bien en garantie au créancier. Le droit d'aliéner permet en particulier au constituant de vendre le bien gagé⁷⁰, qu'il s'agisse de marchandises, de matières premières ou autres. Cette prérogative, que le contrat de gage peut reconnaître au constituant, doit être distinguée du droit de disposer⁷¹ dont il n'est qu'un aspect. L'acte de disposition, qui a pour effet de modifier l'ordonnancement juridique du patrimoine⁷² emporte par exemple le droit de céder la chose à titre gratuit, de la grever de droits réels, ou même de la détruire, de la dilapider ou encore de l'abandonner⁷³. Ces prérogatives ne peuvent pas être exercées par celui qui ne bénéficie que du droit d'aliéner le bien. Le droit de disposer de son patrimoine est en effet de l'essence

⁶⁸ Bien qu'étant propriétaire du bien gagé, le constituant ne peut pas exercer pleinement ses prérogatives sur celui-ci. La seule fongibilité des biens gagés ne lui donne pas le droit d'aliéner. Il doit y être autorisé par la convention.

⁶⁹ C'est dire que « Les sûretés mobilières sans dépossession évitent la stérilisation économique de l'objet de la sûreté puisqu'elles réalisent l'affectation de la valeur du bien au créancier et ne produisent aucun effet sur ses utilités qui sont conservées par le constituant. (...) Lorsque le bien est incorporel, l'affectation de la valeur au créancier est réalisée avec un maintien des utilités du bien au profit du constituant ». KALYNSKI (L.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, préc., p. 341 et sv.

⁷⁰ Pour un auteur, la possibilité d'aliéner reconnue au constituant lui permettrait même de consommer la chose. Il cite, pour cela l'exemple des matières premières qui pourraient être utilisées par celui-ci. ANCEL (P.), préc., p. 144, n°302.

⁷¹ Ce droit correspond à l'abusus. Sur le droit de disposer et son autonomie par rapport au droit de propriété, lire LOTTI (B.), Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte..., préc., pasim.

⁷² LOTTI (B.), Thèse préc., p. 38

⁷³ LOTTI (B.), Thèse préc., p. 40.

de la propriété et ne pourrait en principe être remis en question sans que la propriété elle-même le soit⁷⁴.

26. Le droit d'aliéner le bien gagé n'est pas propre au gage sans dépossession des biens fongibles. On le retrouve en matière de gage des stocks où le constituant conserve le droit de vendre les stocks gagés⁷⁵. Mais, pour protéger les droits du créancier, il ne peut livrer les biens vendus qu'après consignation du prix auprès de l'établissement domiciliaire. On retrouve également le droit d'aliéner dans les gages de droit commun⁷⁶. Il y a cependant une différence ; alors qu'elle n'est qu'une prérogative qui peut être accordée au constituant dans le gage sans dépossession des biens fongibles, l'aliénation de la chose gagée s'impose parfois au créancier lorsque le bien gagé menace de périr. Elle est néanmoins soumise, même dans ce cas, à l'autorisation du juge⁷⁷. Il s'agit alors d'une obligation qui s'impose au créancier dont les droits sont reportés sur le prix de vente. Par ailleurs, dans les nantissements de meubles incorporels, le droit d'aliéner et de façon plus générale le droit de tirer profit des utilités de la chose nantie est souvent reconnu au constituant sans que cela affecte la sûreté. Il s'agit parfois, d'un moyen de conserver tant la sûreté que la valeur de celle-ci⁷⁸. Tout au plus, cette prérogative reconnue au constituant peut être aménagée par le contrat pour préserver les droits du créancier.

L'aliénation des choses fongibles contenues dans l'assiette du gage, qui a pour effet de sortir le bien du patrimoine de son propriétaire, n'entraîne pas, pour autant, un affaiblissement de la situation du créancier. Elle ne fait pas disparaître le droit réel du

⁷⁴ ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, préc., p. 275.

⁷⁵ L'article 124 al. 1 AUS dispose : « Le débiteur émetteur du bordereau de gage de stocks conserve le droit de vendre le stock gagé ».

⁷⁶ C'est-à-dire le gage qui porte sur les choses non fongibles.

⁷⁷ Article 111 AUS.

⁷⁸ KALYNSKI (L.), *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, préc., p. 341 et sv. not. 350.

créancier gagiste⁷⁹ puisque, en contrepartie de ce droit, le constituant est tenu de l'obligation de restituer des choses équivalentes. Par ailleurs, la sûreté porte moins sur le bien gagé que sur la valeur de celui-ci puisqu'il a été démontré que « Après la constitution du gage, la valeur de la chose se détache partiellement (des) prérogatives. Elle est réservée au créancier. Dans le patrimoine du débiteur, cette valeur est dissociée des attributs de la propriété. Elle est asservie, distraite du patrimoine où subsistent les droits sur la chose, pour être mise en réserve potentielle au profit du créancier et, le cas échéant, pour lui profiter effectivement »⁸⁰.

27. On le voit, la fongibilité du bien gagé, associée à la volonté des parties, justifie, à bien des égards, une atteinte au régime de droit commun du gage et en particulier une extension des prérogatives du constituant ou du créancier selon que le bien sera resté ou non en possession du constituant. Les spécificités du gage des biens fongibles vont au-delà ; leur aptitude à se remplacer les uns les autres dans un rapport d'obligations emporte également une modification des obligations des parties, en particulier l'obligation de restitution.

II : La fongibilité des biens, cause de « novation » de l'obligation de restitution : De la restitution du bien gagé à la restitution des choses équivalentes

28. Le contrat de gage met à la charge des parties diverses obligations dont les plus importantes sont l'obligation de conservation et l'obligation de restitution⁸¹ de la chose lorsque la dette est éteinte.

⁷⁹ Certains auteurs l'expliquent par l'universalité. En ce sens : HAMADI (F.), *Le gage-espèces*, Mémoire de master droit patrimonial approfondi, Université de Paris I, 2006.

⁸⁰ ATIA (C.), « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », *Le gage commercial*, Colloque de Deauville, RJCom 1994, cité par BILLAU, *Réflexions sur le gage*, préc., n°13.

⁸¹ Cette obligation n'est pas propre au contrat de gage. On la retrouve dans d'autres contrats spéciaux tels que le contrat de dépôt où elle fait partie des obligations essentielles du dépositaire. Sur les obligations du dépositaire, lire par ex. MALAURIE (P.), AYNES (L.), GAUTIER (P. Y.), *Les contrats spéciaux*, 6^{ème}, 2014, LGDJ, Contrats spéciaux, n°884 et sv.

Que le gage soit constitué sur un bien fongible ou non, l'obligation de restitution est maintenue⁸². La restitution doit se faire en nature. Elle porte sur la chose gagée et éventuellement ses accessoires. Lorsque cela est nécessaire, le créancier sera remboursé de ses dépenses de conservation du bien.

29. Cette obligation de restitution est particulièrement « affectée » par le caractère fongible des biens gagés. L'objet de la restitution subit une transformation que l'on pourrait qualifier de novation. D'une obligation de restituer la chose gagée, on passe à une obligation de restituer une chose équivalente. Le principe de la restitution par équivalent est clairement formulé (A) ; il admet cependant quelques limites car elle n'est pas toujours possible (B).

A/ Le principe de la restitution par équivalent des biens fongibles

30. Traditionnellement, le créancier gagiste est tenu, dans le gage avec dépossession, de veiller sur la chose et d'en assurer la conservation⁸³. Il ne peut ni en user ni en disposer. Lorsque le gage est sans dépossession, le débiteur est également tenu de conserver la chose⁸⁴ afin de permettre, à l'échéance, la réalisation de la sûreté.

Lorsque la chose donnée en gage est un bien fongible, les obligations de conservation et surtout de restitution sont maintenues⁸⁵ en dépit des prérogatives dont peut bénéficier le créancier ou le constituant⁸⁶. En raison de la fongibilité des biens, le créancier ne devra restituer que la même quantité de choses de même espèce ou

⁸² L'article 113 dispose : « Lorsqu'il est entièrement payé (...), le créancier gagiste restitue la chose avec tous ses accessoires ».

⁸³ Voir supra, n° 22. Adde : ANOUKAHA (F.) et al. OHADA Sûretés Bruylant Bruxelles, 2002, p. 95, n°256 et sv.

⁸⁴ Article 108 al.2. AUS préc. Voir aussi ISSA SAYEGH (J.), La liberté contractuelle..., préc., p. 163 et sv. : « Dans les sûretés sans dépossession, le principe est que le débiteur ou le tiers constituant de la sûreté est « le gardien des biens dont il garde la détention ».

⁸⁵ Il faut cependant réserver le cas du gage de somme d'argent où la restitution peut s'avérer en pratique inutile.

⁸⁶ Voir les articles 108, 109 AUS précités.

nature c'est - à- dire l'équivalent de ce qu'il a reçu⁸⁷. Il en est ainsi parce que « Le propriétaire initial a tronqué son droit réel pour un droit personnel, à savoir une créance en restitution d'une quantité équivalente (...) »⁸⁸. De la même manière, le débiteur qui a disposé de la chose gagée est tenu de la remplacer par « la même quantité de choses équivalentes »⁸⁹. Il y a donc une modification de l'objet de l'obligation que seul le caractère fongible du bien gagé justifie⁹⁰.

31. La restitution ou le remplacement par équivalent implique que le créancier ou le constituant remette une chose différente de celle gagée mais ayant les mêmes caractéristiques et surtout assurant les mêmes fonctions⁹¹. Elle ne doit être confondue ni avec la substitution ni avec la subrogation de sûreté.

32. Il faut d'abord distinguer la restitution par équivalent de la substitution des sûretés. L'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés prévoit plusieurs hypothèses de substitution de sûreté. L'article 222 AUS par exemple, prévoit la substitution en matière d'hypothèque en disposant que « Dans le cas où l'immeuble hypothéqué devient insuffisant pour garantir sa créance, par suite de destruction ou dégradation, le créancier peut poursuivre le paiement de sa créance avant le terme ou obtenir une autre hypothèque ». La

⁸⁷ Article 101 al. 2 : « Lorsque la convention dispense le créancier de cette obligation (d'individualisation), il, acquiert la propriété des biens gagés à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ». Comparer avec l'article 1902 C. Civ. relatif au prêt de consommation qui dispose, en des termes presque identiques que : « L'emprunteur est tenu de rendre les choses prêtées, en même qualité et quantité ».

⁸⁸ COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, préc., p. 502, n°977.

⁸⁹ Article 102 AUS préc.

⁹⁰ Il est vrai que la restitution de choses équivalentes ne concerne pas uniquement les choses fongibles. Elle est prévue aussi lorsqu'il s'agit des biens consommables. Tel est le cas de l'emprunteur ou de l'usufruitier des biens consommables qui est tenu à une obligation de restitution en équivalent à la fin du dépôt ou de l'usufruit (MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Les biens, 6^{ème} éd., 2015, p.74 ; DOCKES (E.), Essai sur la notion d'usufruit, RTDCiv Juillet - septembre 1995, p. 499 et sv.).

⁹¹ En effet, la chose équivalente n'est pas la chose identique, celle qui a la même structure mais celle qui joue les mêmes fonctions. Autrement dit, « Les biens équivalents sont des biens similaires dans leur fonction et distincts dans leur structure, mais jugés aptes à se substituer les uns aux autres malgré leurs différences formelles ». LOTTI (B.), thèse préc., p. 42.

substitution dont il s'agit ici implique qu'un immeuble en remplace un autre dans le rapport entre le créancier et le constituant. Mais, alors que la substitution intervient pour une raison indépendante de la volonté des parties à savoir l'insuffisance de l'immeuble affecté en garantie et qu'elle se produit en cours de contrat⁹², la restitution d'une chose équivalente en matière de gage de biens fongibles n'intervient qu'en fin de contrat et elle suppose que, du fait de la fongibilité, le bien qui a été remis en gage n'existe plus mais que le créancier ou le constituant détient des biens de même espèce ou nature.

Mais, la substitution de sûreté n'est pas prévue seulement pour les sûretés réelles. On la rencontre aussi en matière de sûretés personnelles et particulièrement en matière de cautionnement. L'article 15 AUS dispose à ce propos que : « Le débiteur qui ne peut trouver une caution pourra la remplacer par toute sûreté réelle donnant les mêmes garanties au créancier ». On est ici en présence de la substitution d'une sûreté personnelle par une sûreté réelle. Implicitement, l'acte uniforme admet une sorte d'équivalence fonctionnelle entre le cautionnement, sûreté personnelle et les sûretés réelles quelles qu'elles soient. Comme en matière d'hypothèque, la substitution intervient dans des circonstances indépendantes de la volonté des parties au contrat.

La substitution de sûreté par une autre, quelle que soit l'hypothèse « permet de conserver la garantie donnée à l'origine des rapports des parties »⁹³; elle ne peut intervenir que dans des cas limitativement énumérés par la loi⁹⁴ alors que l'obligation de

⁹² C'est-à-dire avant une éventuelle défaillance du débiteur.

⁹³ ISSA SAYEGH (J.), *La liberté contractuelle ...*, préc., p. 165.

⁹⁴ La solution retenue par le droit OHADA qui n'admet que la substitution légale, diffère de la position du droit français. La jurisprudence française semble avoir retenu la possibilité de substitution conventionnelle des sûretés en particulier celle des sûretés réelles. Elle a ainsi admis il y a quelques années, la clause dite de substitution de gage en décidant que : « La substitution de nouvelles marchandises de nature et qualité différentes de celles initialement gagées, ne peut résulter que de l'exécution d'une clause de substitution conventionnelle résultant d'un accord entre les parties qui précise que les biens substitués seront remplacés par la même quantité de choses équivalentes ». *Chambre commerciale*, 26 mai 2010, *JCP Ed. Entreprises et affaires*, N°23, 10 juin 2010, *Actualités*, p. 7. Sur cet arrêt, lire également : AYNES (L.), CROCQ (P.), *ouvrage préc.*, p. 232, note 31.

restitution d'un bien équivalent naît chaque fois que le contrat porte sur des choses fongibles qui, du fait de leur interchangeabilité, ne peuvent plus être identifiées dans le patrimoine du créancier ou du tiers convenu afin de les isoler.

33. La restitution par équivalent doit ensuite être distinguée de la subrogation de sûreté⁹⁵ prévue par certaines dispositions de l'AUS. L'article 94 issu de la nouvelle rédaction de l'AUS, qui reprend en réalité l'ancien article 54 du texte de 1997, dispose par exemple que les parties peuvent convenir de la subrogation en cours d'exécution du contrat de la chose donnée en gage par une autre. La subrogation de sûreté et la restitution par équivalent ont pour effet, dans les deux cas, que la chose qui sera réalisée en cas de défaillance ou qui fera l'objet d'attribution sera différente de celle convenue lors de la conclusion du contrat. Là s'arrêtent les points communs. Sur bien d'autres, la subrogation de sûreté et la restitution par équivalent de sûreté ne recouvrent pas la même réalité. Alors que la subrogation résulte essentiellement de la volonté des parties, la restitution par équivalent est la conséquence du caractère fongible du bien gagé. Bien plus, la subrogation implique un changement de la chose faisant l'objet de la sûreté⁹⁶ outre le fait qu'elle s'applique aussi bien pour les choses non fongibles que pour les choses fongibles. L'équivalence quant à elle, qui suppose à l'origine la fongibilité et donc l'interchangeabilité des biens, implique que la chose remise en remplacement sera en principe

⁹⁵ La subrogation est soumise à des conditions précises en ce qu'il doit y avoir un lien objectif entre les choses anciennes et celles qui leur sont substituées. Ces conditions tiennent à l'exigence de remplacement, de complémentarité, d'accessoriété et de produit. La subrogation de sûreté permet la conservation de la sûreté de même nature tout en changeant la caution ou le bien meuble ou immeuble. Lorsqu'elle intervient, elle peut avoir une incidence sur l'inscription et le rang des sûretés. La subrogation dans l'indemnité d'assurance constitue un cas particulier de subrogation. Pour une comparaison entre la subrogation et la substitution, lire LOTTI (B.), thèse préc., p. 68.

⁹⁶ La subrogation réelle ne joue qu'en l'absence de toute similitude naturelle entre les choses initialement engagées et celles qui leur sont substituées. Elle permet de reporter les droits du créancier des biens hétérogènes considérés par les parties comme économiquement équivalents. Elle permet de ce fait d'atteindre les objectifs qui sont hors de portée de la fongibilité. Voir également MIENDJIEM (I. L), préc., p. 1591.

de même espèce, même qualité et même quantité que celle qui faisait, à l'origine, l'objet du gage.

34. Au final, on peut dire qu'il y a obligation de restitution par équivalent en matière de gage de biens fongibles chaque fois que le créancier, devenu propriétaire du bien gagé avec dépossession ou le constituant autorisé à aliéner la chose gagée dans le gage sans dépossession, est tenu, en cas de défaillance, de remettre une quantité de choses d'espèce ou de nature équivalente à celle faisant l'objet du gage. Parce qu'il y a fongibilité, les biens remis en gage se confondent avec ceux détenus par le créancier ou d'autres biens restant dans le patrimoine du constituant puisqu'il n'y a pas eu individualisation du bien gagé.

35. Lorsqu'elle est admise, la mise en œuvre de la restitution par équivalent pose parfois le problème des garanties dont bénéficie le constituant pour obtenir effectivement la restitution. En qualité de propriétaire, il peut exercer une action en revendication. Si tel n'était pas le cas, il faudrait admettre qu'il est considéré comme un simple créancier chirographaire qui ne peut donc mettre en œuvre aucune mesure spécifique.

36. Si la restitution d'une chose équivalente à celle remise en gage ou le remplacement de la chose gagée par une autre est admise et peut libérer le créancier ou le débiteur, c'est en raison de l'interchangeabilité qui caractérise les biens fongibles. Cette restitution par équivalent entraîne une mutation du droit de propriété du constituant. Ce droit ne porte plus sur un bien déterminé, celui qui a été remis au créancier mais sur un bien seulement déterminable⁹⁷, celui que détient le créancier ou le tiers. La restitution par équivalent ne saurait toutefois, prendre la forme d'une restitution en valeur qui consisterait à remettre au créancier une somme représentant l'équivalent en qualité et quantité des biens gagés c'est-à-dire « l'équivalent en valeur de la chose gagée »⁹⁸. Le principe de la restitution par équivalent exclut donc une restitution en valeur qui

⁹⁷ LOTII (B.), Thèse préc., n° 50.

⁹⁸ PIETTE (G.), Droit des sûretés, préc., p. 110.

aurait pour effet de transformer le gage des biens fongibles en un gage sur la valeur⁹⁹.

37. Pourtant, il apparaît qu'en dépit de la fongibilité qui postule une sorte de permanence des biens fongibles, la restitution par équivalent n'est pas toujours possible.

B/ Les limites à la restitution par équivalent des biens fongibles

38. On imagine difficilement, lorsque l'on est en présence de biens fongibles non individualisés, que la restitution par équivalent soit impossible. L'un des raisons au moins, peut être trouvée dans l'adage « *genera non pereunt* »¹⁰⁰ puisque les biens fongibles sont très souvent des choses de genre qui existent en nombre illimité. Le débiteur de la remise ou de la restitution des biens fongibles ne saurait se libérer de son obligation au motif de la disparition ou de la perte de la chose.

Malgré cela, la restitution par équivalent dont le principe est posé par l'article 101 AUS précité n'est pas toujours possible. A l'exemple de la restitution en nature qui se transforme en une restitution en valeur lorsqu'elle est impossible, la restitution par équivalent se transformerait alors, dans certains cas tout au moins, en une restitution en valeur consistant à remettre au constituant l'équivalent monétaire de la chose gagée. A défaut d'être généralisée, la solution peut cependant être admise dans quelques hypothèses bien déterminées.

39. La première hypothèse où la restitution par équivalent du bien fongible se mue en restitution en valeur est celle du gage portant sur une somme d'argent. La qualification du gage de somme d'argent encore appelée gage-espèces en un gage de biens fongibles est

⁹⁹ Certains auteurs ont néanmoins analysé le gage des stocks comme un gage sur la valeur. En ce sens : MBA - OWONO (C.), « A la recherche du régime juridique d'un instrument de crédit institué par le droit OHADA : le bordereau de gage des stocks », préc., not. p.196; MINKOA SHE (A.), Sûretés et garanties de crédit, préc., n°683.

¹⁰⁰ Ouvrage droit des biens

discutée. Lorsqu'elle est néanmoins admise¹⁰¹, certains auteurs estiment que le créancier qui reçoit les sommes en garantie en demeure définitivement propriétaire ; la restitution par équivalent devient impossible. Selon le Professeur CABRILLAC, « la propriété (de l'argent) ne revient pas dans le patrimoine du constituant lorsque la créance garantie est éteinte ; ce dernier a seulement contre le bénéficiaire une créance d'un montant identique à la somme qu'il a versée, créance qu'il lui appartient de faire valoir dans les conditions de droit commun »¹⁰². Par conséquent et du fait de la nature particulière du bien gagé, la restitution par équivalent semble se confondre avec une restitution en valeur. Pour certains, le créancier ne serait même pas tenu de l'obligation de restitution puisque la remise d'espèces transforme cette sûreté en une aliénation fiduciaire ou une propriété-sûreté¹⁰³. La situation du créancier gagiste est alors proche de celle de l'emprunteur dans le prêt de consommation. L'impossibilité de restituer est surtout justifiée par des raisons juridiques ce qui n'est pas le cas dans la deuxième hypothèse.

40. La deuxième hypothèse correspond à celle où l'impossibilité de restituer¹⁰⁴ par équivalent est d'ordre matériel. Les situations qui aboutissent à cette impossibilité sont différentes et bien qu'elles appellent la même solution, celle-ci est différemment justifiée.

La première situation correspond au cas de perte fortuite du bien gagé. Le créancier ou le constituant détenait des biens de même espèce que ceux donnés en gage mais ces biens ont été par exemple

¹⁰¹ AYNES (L.), *Sûretés Publicité foncière*, préc., p.192. Pour que la sûreté demeure un gage, il faudrait que la somme soit versée dans un compte spécial ouvert au nom du constituant et bloqué au profit du créancier.

¹⁰² CABRILLAC (M.), *Les sûretés conventionnelles sur l'argent*, *Les activités et les biens de l'entreprise Mélanges offerts à Jean DERRUPE*, Litec, 1991, p. 333 et sv. not. p. 336.

¹⁰³ Pour le Professeur CABRILLAC : « la remise pure et simple d'une somme en garantie d'une créance correspond à un concept (...) : celui de sûreté-propriété ». CABRILLAC (M.), « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean DERRUPE*, préc., p. 333 et sv.

¹⁰⁴ Nous assimilons à l'impossibilité de restituer l'impossibilité de remplacer le bien que prévoit l'article 102 AUS.

détruits dans un incendie¹⁰⁵. La restitution en valeur s'impose-t-elle alors? La réponse diverge. Lorsque le gage porte sur un bien non fongible, non seulement la perte fortuite totale ou partielle libère le créancier gagiste de son obligation de restitution¹⁰⁶ mais il peut exercer son droit de préférence sur la chose gagée si celle-ci était assurée conformément à l'article 106 AUS. Cette solution est fondée sur ce que le créancier gagiste est détenteur de la chose d'autrui ; n'étant pas propriétaire il ne supporte pas la perte fortuite. Par contre, lorsque le bien est fongible et qu'il n'y a pas eu individualisation, le gagiste en est propriétaire¹⁰⁷. Du fait de cette qualité de propriétaire des biens remis en gage, le créancier ne pourrait être libéré ni par le cas fortuit ni par la force majeure¹⁰⁸. Il supporte donc la charge des risques suivant le principe *res perit domino*. La restitution qui intervient ne pourra se faire que par équivalent.

La seconde situation renvoie au cas où, le créancier gagiste, usant du droit de propriété que lui reconnaît la loi, a disposé des biens gagés par exemple en vendant les marchandises ou en se servant des biens pour son propre usage, mais n'a pas pu ou n'a pas voulu en acquérir d'autres en remplacement. Tel serait aussi le cas du constituant qui, autorisé à aliéner le bien gagé, n'a pas procédé à leur remplacement comme le prévoit l'acte uniforme. Cette situation est d'autant plus susceptible de se produire que ni le créancier, ni le constituant ne sont tenus de maintenir la valeur du gage tel que cela est prévu pour le gage portant sur un ensemble de biens fongibles. Quoiqu'il en soit, elle rend impossible la restitution par équivalent puisqu'au moment où s'exerce cette restitution, le débiteur de la restitution ne détient aucun bien. Dès lors, seule une restitution ou un remplacement en valeur de la chose gagée est envisageable. La restitution de la « même quantité de choses équivalentes » n'est pas possible puisque, par hypothèse, celle-ci n'existe pas.

¹⁰⁵ Incendie du magasin d'entreposage, inondation subie dans les locaux du tiers convenu.

¹⁰⁶ Sa situation est semblable à celle du dépositaire.

¹⁰⁷ Ce droit de propriété est concurrent de celui du constituant.

¹⁰⁸ Comparer avec la situation de l'emprunteur dans le prêt de consommation.

41. Le problème de la restitution en valeur se pose de manière spécifique lorsque le gage porte sur un ensemble de biens fongibles¹⁰⁹, ce qui correspond à la troisième hypothèse. L'article 110 AUS, qui est la seule disposition consacrée à cette modalité de gage, impose au débiteur ou au constituant de maintenir la valeur du gage que celui-ci soit constitué avec ou sans dépossession. Cette obligation de maintien de la valeur du gage, que l'on ne retrouve pas pour d'autres formes de gage, est spécifique et elle est rigoureusement sanctionnée, en cas de violation, par la déchéance du terme. Par ailleurs, l'article 110 alinéa 2 donne au créancier de cette obligation les moyens d'en contrôler la mise en œuvre.

Ramené à la question de l'obligation de restitution et plus précisément l'exigence de restitution par équivalent, il s'agit de se demander si l'obligation de maintenir la valeur n'emporte pas comme conséquence que la restitution porte non pas sur une quantité équivalente de biens fongibles mais sur la valeur du stock engagé. Autrement dit, la prise en compte de la valeur du stock ne rend-elle pas sans intérêt la recherche de l'interchangeabilité et de la substituabilité des biens composants ce stock ? De la sorte, lorsque le gage a pour objet un ensemble de biens fongibles, la restitution ne serait jamais qu'une restitution en valeur. En dépit de la fongibilité de ses éléments, seule la valeur de l'ensemble importerait en fin de compte. Seule cette valeur doit être préservée et restituée.

¹⁰⁹ Il a été précédemment indiqué que l'ensemble de biens fongibles ne doit être confondu ni avec les biens fongibles, ni avec l'ensemble de biens. Pour les biens fongibles, l'équivalence est appréciée par rapport aux autres biens du créancier qui reçoit le gage ou ceux du constituant qui concède la sûreté alors que l'ensemble de biens fongibles suppose que l'interchangeabilité est appréciée entre les biens qui constituent l'ensemble. Quant à l'ensemble de biens, il renvoie seulement à une universalité c'est-à-dire des biens de nature diverse regroupés autour d'un élément commun.

Conclusion

42. La fongibilité, en ce qu'elle est caractérisée par l'interchangeabilité et la substituabilité des biens pouvant aisément se remplacer, exerce une certaine influence sur le régime du gage. Elle peut alors modifier de manière considérable les prérogatives des parties au contrat en même temps qu'elle peut justifier une mutation de la teneur de leurs obligations. La fongibilité des biens rend le créancier propriétaire des biens gagés ou transforme la restitution en nature en une restitution par équivalent, qui lorsqu'elle n'est pas possible devient une restitution en valeur. Il faut y voir un signe de la vitalité que le droit OHADA réserve désormais à la catégorie des biens fongibles.

SOMMAIRE

DOCTRINE

- LE MAINTIEN DE L'ORDRE PUBLIC COLONIAL AU SENEGAL.....1**
 Seydou DIOUF Agrégé des Facultés de droit, Maître de Conférences en Histoire du Droit et des Institutions à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar-Sénégal.
- LE GAGE DES BIENS FONGIBLES (étude à partir du droit OHADA).....31**
 Yvette Rachel KALIEU ELONGO, Agrégée des facultés de droit, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Dschang.
- LA POLITISATION DE L'ADMINISTRATION CIVILE DE L'ETAT AU NIGER.....61**
 Dr Gandou ZAKARA, Enseignant-chercheur, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Abdou Moumouni de Niamey.
- LES PREUVES PENALES A L'EPREUVE DE LA METAMORPHOSE DES REGLES DE LA PROCEDURE PENALE SENEGALAISE.....111**
 Dieunedort NZOUABETH, Agrégé des Facultés de Droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar.
- L'ASSOCIE EN DROIT OHADA DES PROCEDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF.....167**
 Mbissane NGOM, Maître de Conférences agrégé, Université Gaston Berger de Saint-Louis.
- LA TRANSPARENCE DES FINANCES PUBLIQUES : UN NOUVEAU PRINCIPE BUDGETAIRE DANS L'UNION ÉCONOMIQUE ET MONETAIRE OUEST AFRICAINE (UEMOA) ?.....207**
 Adamou ISSOUFOU, Docteur en droit public, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar (Sénégal).
- LES APPORTS DE LA NOUVELLE PROCEDURE DE CONCILIATION DANS LE RENFORCEMENT DU DISPOSITIF DE PREVENTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES EN DROIT OHADA.....257**
 Mahamadou NAMAIWA ATTO, Enseignant-chercheur à l'Université de Tahoua (Niger).
- L'ATTRIBUTION PRÉFÉRENTIELLE D'UN FONDS DE COMMERCE EN DROIT SUCCESSORAL SÉNÉGALAIS.....293**
 Thierno Amadou NDIOGOU Docteur en Droit privé et Enseignant-chercheur à la FSJP-UCAD Dakar (Sénégal).

CHRONIQUES

- LE JUGE ET LA MATIERE ADMINISTRATIVE AU SENEGAL.....339**
 Abdoulaye DIEYE Maître de Conférences titulaire, Enseignant au département de droit public, Faculté des Sciences Juridiques et Politiques (FSJP), Université Cheikh Anta DIOP (UCAD) de Dakar.

ISSN 0850-9247



9 770850 924009