

**PRESENTATION DE L'ACTE UNIFORME PORTANT ORGANISATION DU
DROIT DES SURETES**

Par Léon Messanvi FOLI
Professeur, Doyen de la Faculté de droit de Lomé (Togo)

SOMMAIRE.

Introduction n° 1 et 2

Chapitre I Les sûretés personnelles n° 3 à 26

Section 1 : Le cautionnement n° 4 à 18.

§ 1 La nature du cautionnement n° 5 à 8

A. La cautionnement en tant que sûreté conventionnelle n° 6.

B. Le cautionnement en tant que sûreté personnelle n° 7 et 8.

§ 2 Les modalités du cautionnement n° 9

§ 3 Les effets du cautionnement n° 10 à 16.

§ 4 Extinction du cautionnement n° 17 et 18.

Section 2 : La lettre de garantie n° 19 à 26.

Chapitre II. Les sûretés réelles. n° 27 à 99.

Section 1 Les sûretés réelles mobilières n° 28 à 71.

§ 1 Les sûretés mobilières avec dépossession. n° 29 à 51.

A. Le droit de rétention. n° 29.

B. Le gage n° 30 à 51.

1. La constitution du gage n° 32 à 34.

a. La rédaction d'un acte n° 33.

b. La remise d'une chose n° 34.

2. Les formalités particulières n° 35 à 38.

a. Gage de titres de créance n° 36 et 37.

b. Autres types de gage n° 38.

3. Les effets du gage n° 39 à 51.

a. Les principaux droits reconnus au créancier gagiste n° 41 à 43.

Le droit de rétention n° 41.

Le droit de suite n° 42.

Le droit d'exécution n° 43.

b. Les obligations du créancier gagiste n° 44 à 46.

L'obligation de conservation n° 45.

L'obligation de restitution n° 46.

4. L'extinction du gage. n° 47 à 51.

a. L'extinction par voie accessoire n° 48.

b. L'extinction par voie principale n° 49 à 51.

§ 2. Les sûretés réelles mobilières sans dépossession n° 52 à 68.

A. Le nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières n° 56 à 58.

1. Constitution du nantissement n° 57.
 2. Effets du nantissement n° 58.
 - B. Le nantissement du fonds de commerce et le privilège du vendeur de fonds de commerce n° 59 à 61.
 1. Constitution du nantissement n° 60.
 2. Le privilège du vendeur de fonds de commerce n° 61.
 - C. Le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles n° 62 à 64.
 1. Nantissement du matériel professionnel n° 63.
 2. Nantissement des véhicules automobiles n° 64.
 - D. Le nantissement des stocks de matières premières et de marchandises n° 65 à 68.
 1. Constitution du nantissement n° 66 et 67.
 2. Effets du nantissement n° 68.
- § 3. Les privilèges n° 69 à 71.
- Section 2. Les sûretés réelles immobilières n° 72 à 99.**
- § 1. Constitution de l'hypothèque n° 74 à 90.
- A. L'hypothèque conventionnelle n° 75 à 83.
 1. La créance garantie n° 76.
 2. La spécialité de l'assiette immobilière n° 77 à 81.
 3. Le formalisme de l'hypothèque n° 82 et 83.
 - B. L'hypothèque forcée n° 84 à 90.
 1. L'hypothèque légale n° 85 à 88.
 - a. L'hypothèque légale de la masse des créanciers n° 86.
 - b. L'hypothèque légale du vendeur d'immeuble, de l'échangiste et du copartageant n° 87.
 - c. L'hypothèque légale de l'architecte et autres personnes employées à la construction ou à la réparation d'un immeuble n° 88.
 2. L'hypothèque judiciaire n° 89 et 90
- § 2 Les effets de l'hypothèque n° 91 à 99.
- A. Situation e l'immeuble hypothéqué entre les mains du constituant n° 92 à 94.
 1. Droits du constituant sur l'immeuble hypothéqué n° 93.
 2. Pouvoirs du créancier hypothécaire n° 94.
 - B. Situation de l'immeuble hypothéqué entre les mains du tiers détenteur n° 95 à 97.
 1. Droit du créancier hypothécaire n° 96.
 2. Option du tiers détenteur n° 97.
- § 3. Le sort de l'hypothèque conventionnelle n° 98 et 99.

Chapitre III. Classement des créanciers et distribution du prix des biens du débiteur n° 100 à 119

Section 1. Classement des créanciers en matière immobilière n° 101 à 109.

§ 1. Premier rang : les créanciers des frais de justice n° 102 et 103.

§ 2. Deuxième rang : les créanciers de salaires superprivilégiés n° 104 et 105.

§ 3. Troisième rang : les créanciers hypothécaires n° 106.

- § 4. Quatrième rang : les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité n° 107.
 - § 5. Cinquième rang : les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité n° 108.
 - § 6. Sixième rang : les créanciers chirographaires n° 109.
- Section 2. Classement des créanciers en matière mobilière n° 110 à 119.**
- § 1. Premier rang : les créanciers des frais de justice n° 111.
 - § 2. Deuxième rang : la créance privilégiée du conservateur n° 112.
 - § 3. Troisième rang : les créanciers de salaires superprivilégiés n° 113
 - § 4. Quatrième rang : les créanciers gagistes n° 114.
 - § 5. Cinquième rang : les créanciers inscrits au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) n° 115
 - § 6. Sixième rang : les créanciers munis de privilèges mobiliers spéciaux n° 116 et 117.
 - § 7. Septième rang : les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité n° 118.
 - § 8. Huitième rang : les créanciers chirographaires n° 119.

BIBLIOGRAPHIE : Voir www.ohada.com/biblio.php. Mot clé : sûretés.

1. Il existe deux sources essentielles d'inquiétude pour le créancier chirographaire : il est inquiet, d'une part, par l'ensemble des circonstances économiques et monétaires du marché et, d'autre part, par l'instabilité économique et monétaire. Ensuite et surtout son inquiétude se trouve fondamentalement dans la liberté du débiteur. En effet, la dette n'altère pas l'indépendance du débiteur dont les actes sont, en principe, opposables aux créanciers. C'est pourquoi, pour le rassurer, la loi lui donne un certain nombre de prérogatives qui constituent un pouvoir de contrainte.

2. Certaines de ces prérogatives appartiennent à tout créancier en tant que tel : elles constituent des instruments de crédit ordinaire (saisie conservatoire, action oblique, action paulienne, action en résolution...). Elles n'ont pas été envisagées par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

Certains créanciers jouissent de garanties spéciales : c'est le crédit renforcé qu'on appelle les sûretés. Ces garanties sont l'objet de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS).

En effet l'article 1^{er} de l'Acte uniforme, définit les sûretés comme : « les moyens accordés au créancier par la loi de chaque État partie, ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations quelle que soit la nature juridique de celle-ci ».

Un créancier qui bénéficie d'une sûreté est mieux protégé contre l'insolvabilité du débiteur. Il est plus sûr d'être payé.

La classification des sûretés peut poser des problèmes. Mais l'Acte uniforme a transcendé ces problèmes. Il distingue deux grandes catégories de sûretés : les sûretés personnelles (chapitre I) et les sûretés réelles (chapitre II). Il est également réglé l'épineux problème du classement complet et cohérent des créanciers pour la distribution des deniers provenant de la réalisation de la garantie, en établissant deux classements, l'un en matière immobilière et l'autre en matière mobilière (chapitre III).

CHAPITRE I : LES SÛRETÉS PERSONNELLES

3. Selon l'article 2 alinéa 1 de l'Acte uniforme, « la sûreté personnelle consiste en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ». La sûreté personnelle procède par l'adjonction au débiteur principal d'un ou de deux ou de plusieurs débiteurs. Le créancier jouit donc du droit de poursuivre non seulement le débiteur, mais aussi une autre personne qui accepte de répondre du débiteur. Le créancier gagne ainsi un débiteur supplémentaire. Prenons un exemple : une personne, Koffi, consent à prêter 2 millions à une autre personne, Kodjo, mais à condition que ce dernier présente une personne qui accepte de rembourser le montant du prêt au cas où Kodjo ne le ferait pas. Un ami de Kodjo, Kossi, consent à souscrire cet engagement. Nous avons là une sûreté personnelle. Seul le cautionnement répond exactement à la définition que nous venons de donner. Mais le cautionnement ne constitue pas la seule sûreté personnelle. Il y a aussi la lettre de garantie que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés prévoit dans ses articles 28 et suivants.

SECTION I : LE CAUTIONNEMENT

4. Le cautionnement est réglementé par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dans ses articles 3 et suivants. L'article 3 alinéa 1 AUS définit le cautionnement comme « un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même ». Mais l'article 2 du même texte ajoute : « Cet engagement peut être contracté sans ordre du débiteur et même à son insu ». Cette définition fait apparaître la nature du cautionnement, les modalités du cautionnement, les effets du cautionnement et l'extinction du cautionnement.

PARAGRAPHE I : LA NATURE DU CAUTIONNEMENT

5. La nature du cautionnement ressort de ses sources et de sa structure. Dans ses sources, le cautionnement est une sûreté conventionnelle et dans sa structure c'est une sûreté personnelle.

A. Le cautionnement en tant que sûreté conventionnelle

6. Nul n'est caution s'il ne le veut. Le cautionnement repose toujours sur un contrat (art.4 et suiv. AUS). Certes il peut être légal ou judiciaire (art. 5 AUS), mais il ne peut jamais se réaliser en dehors de la volonté de la caution et du créancier. L'exigence d'un contrat est absolument fondamentale (art.4 al.2 AUS). Ce contrat est conclu entre la caution et le créancier. Le débiteur n'est pas partie à ce contrat. Selon l'article 3 alinéa 2 AUS déjà cité, on peut se rendre caution sans ordre du débiteur et même à son insu. L'importance de ce contrat est soulignée par l'article 4 alinéa 3 AUS qui précise que si la caution ne sait ou ne peut lire, elle doit se faire assister de deux témoins qui certifient, dans l'acte de cautionnement son identité et sa présence et attestent, en outre, que la nature et les effets de l'acte lui ont été précisés. Mais est-ce à dire que le cautionnement doit être donné par acte solennel ? Les termes de l'article 4 AUS ne permettent pas de répondre nettement à cette question¹. Il faut simplement retenir que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (art.4 al.2) exige que le cautionnement soit constaté dans un acte comportant la signature des deux parties et la mention écrite de la main de la caution de la somme maximale garantie.

B. Le cautionnement en tant que sûreté personnelle

7. La caution s'engage personnellement et indéfiniment envers le créancier. Il s'adjoint au débiteur principal. Le fait que la caution soit personnellement obligée et que le créancier trouve un débiteur supplémentaire, qu'elle soit obligée envers le créancier au même titre que le débiteur principal, a obligé l'Acte uniforme à poser comme condition de fond de la formation du contrat la solvabilité de la caution (art.5 al.2 AUS). Tout le problème est de savoir comment apprécier cette solvabilité.

¹ Dans le sens du caractère consensuel du cautionnement, ANOUKAHA (F.) et *alii*, Sûretés, OHADA, Bruxelles, Bruylant 2002, coll. Droit uniforme, n° 28-30, Contra, SAKHO (A) et N'DIAYE (I), Pratique des garanties du crédit, in Revue africaine de banque, 1998, p.17, ANOUKAHA (F), Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA, PUA, 1998, p.35 et suiv.

8. L'article 5 alinéa 2 de l'Acte uniforme estime que la solvabilité de la caution est appréciée « en tenant compte de tous les éléments de son patrimoine »². Comme palliatif l'article 5 alinéa 3 de l'Acte uniforme, prévoit que le débiteur qui ne peut pas trouver une caution solvable « pourra la remplacer par toute sûreté réelle donnant les mêmes garanties au créancier ». La dernière innovation que nous pouvons signaler est l'obligation que l'article 5 alinéa 1 de l'Acte uniforme impose à la caution d'élire domicile dans le ressort de la juridiction où la caution doit être fournie. Cette exigence est de nature à faciliter les poursuites du créancier contre la caution.

PARAGRAPHE II : LES MODALITÉS DU CAUTIONNEMENT

9. Le débiteur peut fournir une caution ou plusieurs cautions. Mais selon l'article 10 alinéa 1 de l'Acte uniforme, quel que soit le nombre de cautions, « le cautionnement est réputé solidaire ». Le cautionnement solidaire devient dans l'Acte uniforme, la règle et le cautionnement simple l'exception (art.10 al.2 AUS). C'est une innovation importante qui peut avoir des répercussions sur le fonctionnement général du cautionnement au niveau de l'OHADA. La caution peut aussi se faire cautionner par une caution (art.11 AUS). C'est ce qu'on appelle un certificateur de la caution.

Concernant la pluralité de cautions, le Droit français prend en considération deux situations : la première situation est celle envisagée par le texte de l'OHADA c'est-à-dire le certificateur de la caution. C'est une caution de la caution. Il garantit l'engagement pris par la caution. Il paiera si la caution ne paie pas. La deuxième situation qui ne semble pas apparemment prise en considération par l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés, est le fait que plusieurs personnes se portent caution d'un même débiteur. Ces personnes s'appellent des cofidésjuseurs. Les cofidésjuseurs cautionnent la dette principale, chacune s'engage à payer si le débiteur principal ne paie pas. Les cofidésjuseurs sont obligés chacun à toute la dette. Chacun peut être poursuivi pour le tout. Mais la caution poursuivie pour le tout dispose du bénéfice de division. Dans la Section consacrée aux modalités du cautionnement cette modalité n'a pas été expressément prévue. C'est pourquoi nous avons dit plus haut qu'elle est ignorée par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Mais plus loin l'article 17 alinéa 2 dans la Section consacrée aux effets du cautionnement dispose « s'il existe plusieurs cautions pour un même débiteur et une même dette, sauf stipulation de solidarité entre elles ou renonciation par elles à ce bénéfice, chacune peut, sur premières poursuites du créancier, demander la division de la dette entre les cautions solvables au jour où l'exception est invoquée ». L'alinéa 2 du même texte précise que « la caution ne répond pas des insolvabilités des autres cautions survenues après la division ». Le bénéfice de division ne jouant qu'entre cofidésjuseurs, nous pouvons donc conclure que cette modalité existe bien dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

PARAGRAPHE III : LES EFFETS DU CAUTIONNEMENT

10. Ces effets sont dominés par le caractère accessoire de la caution affirmé par l'article 13 alinéa 1 AUS qui dispose : « La caution n'est tenue de payer qu'en cas de non-paiement du débiteur principal ». Le caractère accessoire conditionne l'organisation des rapports entre le créancier et la caution. Les rapports entre les deux parties sont marqués par l'amoindrissement

² Article 2019 c. civ. qui dispose que la solvabilité « ne s'estime qu'eu égard à ses propriétés foncières, excepté en matière commerciale ou lorsque la dette est modique ».

des droits du créancier sur la caution et une protection renforcée de cette dernière vis-à-vis du créancier. Ainsi le créancier est tenu d'une série d'obligations à l'égard de la caution.

11. D'abord le créancier est tenu d'une obligation de renseignements envers la caution : il doit informer la caution de toutes défaillances du débiteur principal (art. 13 al.2 AUS), il doit lui notifier toute prorogation du terme accordée au débiteur (art. 14 al.1) ; lorsque le cautionnement est général, le créancier est tenu, dans le mois qui suit le terme de chaque trimestre civil, de communiquer à la caution l'état des dettes du débiteur principal en précisant leurs causes, échéances et le montant restant dû à la fin du trimestre écoulé. De plus, il doit rappeler à la caution la faculté de révocation en reproduisant littéralement les dispositions de l'article 14 AUS et celles de l'article 9 AUS.

12. Ensuite, en dehors de l'obligation de renseignements, l'article 13, alinéa 2 de l'Acte uniforme, oblige le créancier à adresser une mise en demeure de payer au débiteur restée sans effet avant d'entreprendre toute poursuite contre la caution. De même, quand il entreprend des poursuites contre la caution même solidaire, il est tenu d'appeler le débiteur principal en cause (art. 15 al.2 AUS).

13. Lorsqu'elle est poursuivie pour paiement de la dette du débiteur principal, la caution peut invoquer le bénéfice de discussion³ ou celui de division⁴. Cette affirmation doit être immédiatement nuancée car le bénéfice de discussion ne peut être invoqué ni par la caution judiciaire ni par la caution solidaire (art. 16 al. 1 AUS). Seul peut l'invoquer la caution simple à moins qu'elle y ait expressément renoncé. En rappel, le bénéfice de discussion est la faculté reconnue à la caution de contraindre le créancier à poursuivre d'abord le débiteur principal, à saisir et à vendre ses biens avant de l'exécuter. Il se démarque du bénéfice de division qui renvoie à l'hypothèse de plusieurs cautions garantissant la même dette.

14. La caution est subrogée dans les droits et garanties du créancier poursuivant pour tout ce qu'elle a payé à ce dernier (art. 20 al. 1 AUS). L'alinéa 2 du même texte décide que « s'il y a plusieurs débiteurs principaux solidaires d'une même dette, la caution est subrogée contre chacun d'eux pour tout ce qu'elle a payé, même si elle n'en a cautionné qu'un ». Enfin, selon l'article 18 alinéa 1 AUS "toute caution ou certificateur de caution, peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette qui appartiennent au débiteur principal et tendent à réduire, éteindre ou différer la dette et des remises consenties au débiteur dans le cadre des procédures collectives d'apurement du passif". Dans le cas où le droit de subrogation est compromis par le fait du créancier, la caution est déchargée. Toute clause contraire est réputée non écrite dit ce texte in fine. Il ne s'agit pas là d'une compromission totale, mais d'une simple limite à ce droit de subrogation ; l'article 18 AUS nous dit que « la caution est déchargée à concurrence de l'insuffisance de la garantie concernée ».

15. La caution n'a pas que des droits. Elle a aussi des obligations. Elle doit, entre autres, aviser le débiteur principal ou le mettre en cause avant de payer la dette au créancier poursuivant (art. 19 al.1 AUS). Si elle ne respecte pas cette obligation, elle perd son recours contre le débiteur principal et cela surtout si le débiteur principal avait les moyens de faire

³ Il ne joue pas de plein droit. Il doit être invoqué par la caution au moment des premières poursuites. Autrement, elle est censée avoir renoncé à s'en prévaloir.

⁴ Il doit également être invoqué in limine litis.

déclarer la dette éteinte ou s'il avait payé dans l'ignorance du paiement de la caution (art. 19 al. 2 AUS). Toutefois, elle conserve son action en répétition contre le créancier.

16. La caution a également un recours personnel contre le débiteur principal pour ce qu'elle a payé en principal, intérêt et frais. Elle peut même réclamer des dommages intérêts pour réparation du préjudice subi du fait des poursuites du créancier (art. 21 al.1 AUS). S'il y a eu paiement partiel, le créancier ne peut, pour le reliquat, être préféré à la caution qui a payé et agi en vertu de son recours personnel. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. 21 al.2 AUS). Le certificateur bénéficie des mêmes droits que la caution (art. 22 AUS).

PARAGRAPHE IV : EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT

17. Sur ce point, le principe classique est réaffirmé : l'extinction partielle ou totale de l'obligation principale, entraîne l'extinction du cautionnement (art. 25 AUS). Le même texte admet d'autres modes d'extinction tels que la dation en paiement « même si le créancier est ensuite évincé de la chose acceptée ». Toute clause contraire est réputée non écrite dit le texte. La novation aussi constitue un mode d'extinction du cautionnement.

18. Mais le cautionnement peut également disparaître indépendamment de l'obligation principale (art. 26 AUS). Cela arrive dans les cas suivants :

- lorsque, sur poursuites dirigées contre elle, la caution excipe de la compensation pour une créance personnelle ;
- lorsque le créancier a consenti une remise de dette à la seule caution ;
- lorsque la confusion s'opère entre la personne du créancier et la caution. "Toutefois, la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal et de sa caution lorsque l'une devient héritière de l'autre, n'éteint pas l'action du créancier contre le certificateur de la caution" (art. 27 AUS).

SECTION II : LA LETTRE DE GARANTIE

19. Nous avons là une importante innovation dans le domaine des sûretés personnelles. Avant l'apparition de cette catégorie de sûreté, la meilleure garantie pour les vendeurs consistait à exiger de l'acheteur un acompte à la signature du contrat et un paiement intégral à la livraison. Mais par la suite, c'était aux acheteurs de prendre des mesures pour garantir l'exécution des engagements par les fournisseurs. Cela se faisait par le dépôt d'espèces ou de titres entre les mains ou auprès des banques de ces acheteurs (caution réelle, gage, espèces).

20. La lettre de garantie est née des pratiques du commerce international dans les années 1960 et a connu son développement en France à partir des années 1970.

L'article 28 de l'Acte uniforme en donne la définition. La lettre de garantie, dispose ce texte, est une convention par laquelle, à la requête ou sur instruction du donneur d'ordre, le garant s'engage à payer une somme déterminée au bénéficiaire, sur première demande de la part de ce dernier.

La lettre de contre-garantie est une convention par laquelle, à la requête ou sur instructions du donneur d'ordre ou du garant, le contre-garant s'engage à payer une somme déterminée au garant, sur première demande de la part de ce dernier.

21. Cette définition appelle une première remarque : le garant peut obtenir pour lui-même une contre garantie. La deuxième remarque, c'est que contrairement au cautionnement, il s'agit d'un engagement distinct de l'engagement de base. Ce point est d'ailleurs confirmé par l'alinéa 2 de l'article 29 AUS qui dispose « elles créent des engagements autonomes, distincts des conventions, actes et faits susceptibles d'en constituer la base ». Il s'agit d'un engagement personnel. Le garant ne prend pas l'engagement de payer la dette du débiteur, mais prend un engagement complètement dégagé du contrat de base. Si, dans ce contrat, on fait référence à l'engagement de base entre le débiteur et le créancier, c'est tout simplement parce qu'il s'agit d'une sûreté. Mais une fois le contrat de garantie mis en place, tout lien avec ce contrat principal est rompu. L'efficacité, l'exécution et l'étendue des modalités d'exécution et l'extinction de la lettre de garantie sont exclusivement déterminées par le contrat de garantie. Le garant ne peut opposer aucune espèce d'exception tirée du contrat principal. Le garant, appelé à exécuter son engagement, ne peut opposer au bénéficiaire aucune forme d'exception que celles tirées du contrat de garantie. Le garant prend à titre principal un engagement nouveau.

22. La formation de ce contrat semble un peu formaliste. D'abord les personnes physiques ne peuvent pas signer des lettres de garantie (art. 29 al.1 AUS). La sanction de cette disposition est la nullité. En partant du principe que les conventions de garantie et de contre garantie ne se présumant pas, l'article 30 AUS donne une liste des mentions qui doivent figurer dans le contrat de garantie ou de contre garantie :

- la dénomination de lettre de garantie ou de contre-garantie ;
- le nom du donneur d'ordre ;
- le nom du bénéficiaire ;
- le nom du garant ou du contre-garant ;
- la convention de base, l'action ou le fait cause de l'émission de la garantie ;
- le montant maximal de la somme garantie ;
- la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ;
- les conditions de la demande de paiement ;
- l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions de la caution.

Toutes ces mentions sont exigées à peine de nullité.

23. En ce qui concerne les effets, l'article 31 alinéa 1 décide que le droit à garantie du bénéficiaire n'est pas cessible. Mais le même texte décide que l'incessibilité du « droit à garantie n'affecte pas le droit en vertu du rapport de base ». Donc si le bénéficiaire ne peut pas céder son droit à garantie, il peut toutefois céder tout montant auquel il aurait droit en vertu du rapport de base. Est-ce une manière de souligner l'indépendance de la lettre de garantie et la contre-garantie du contrat de base ?

A quelle date la garantie et la contre-garantie prennent-elles effet ? L'article 32 AUS répond à cette dernière question : elles prennent effet à la date où elles ont été émises sauf stipulation d'une date ultérieure.

L'alinéa 2 du même texte, décide du caractère irrévocable des instructions du donneur d'ordre, la garantie et la contre-garantie sous réserve d'une clause expresse contraire.

24. Soulignons que le garant et le contregarant ne sont tenus qu'à concurrence de la somme stipulée dans la lettre de garantie (art. 33 al. 1 AUS). Toutefois la lettre de garantie peut stipuler que la somme garantie sera réduite d'un montant déterminé ou déterminable à des dates précises ou contre présentation au garant de documents indiqués à cette fin. (art. 33 al. 2 AUS).

25. Au reste, mentionnons que le donneur d'ordre ne peut faire défense de payer au garant ou au contregarant que si la demande de paiement du bénéficiaire est manifestement abusive ou frauduleuse (art. 36 AUS). Si, par hasard, le garant ou le contregarant a fait un paiement utile au bénéficiaire, il dispose d'un droit de recours tout comme une caution, contre le donneur d'ordre (art. 37 AUS).

26. La garantie ou la contregarantie prend fin de trois manières selon l'article 38 de l'Acte uniforme :

- soit au jour calendaire spécifié ou à l'expiration du délai prévu ;
- soit à la présentation au garant ou au contregarant des documents spécifiés dans la lettre de garantie ou de contregarantie ;
- soit sur déclaration écrite du bénéficiaire libérant le garant et le contregarant de leur obligation.

CHAPITRE II : LES SÛRETÉS REELLES

27. Les sûretés réelles sont variées. Cette variété pose le problème de leur classement. Il existe plusieurs classifications.

- D'abord il y a la classification d'après les sources. On distingue alors les sûretés légales et les sûretés conventionnelles.
- Il y a ensuite la classification d'après les effets. Toutes les sûretés assurent à leur bénéficiaire le droit de préférence. L'opposition se fait sur le droit de suite que certaines sûretés offrent à leur bénéficiaire. Le problème principal à ce niveau est la répartition des pouvoirs entre le créancier et le débiteur. Quels pouvoirs conserver au débiteur pour ne pas compromettre totalement son crédit ?
- Il y a enfin la classification d'après l'assiette. On distingue dans ce cadre les sûretés réelles générales et les sûretés réelles spéciales. Une sûreté est dite spéciale lorsqu'elle porte sur un élément du patrimoine du débiteur. Elle se traduit par l'affectation élective d'un bien déterminé. Par contre, la sûreté générale porte soit sur l'ensemble des immeubles soit sur l'ensemble des meubles. Toujours d'après l'assiette, on distingue les sûretés mobilières et les sûretés immobilières. C'est cette classification qu'a soutenue l'Acte uniforme.

SECTION I : LES SÛRETÉS REELLES MOBILIÈRES

28. Selon l'article 39 de l'Acte uniforme « les sûretés mobilières comprennent : le droit de rétention, le gage, les nantissements sans dépossession et les privilèges ». Si on examine bien cette liste, on constatera que l'Acte uniforme retient deux catégories de sûretés mobilières :

- les sûretés mobilières avec dépossession ;
- les sûretés mobilières sans dépossession.

PARAGRAPHE I : LES SÛRETÉS REELLES MOBILIÈRES AVEC DÉPOSSESSION

Dans cette catégorie, l'Acte uniforme a retenu deux sûretés : le droit de rétention et le gage.

A. Le droit de rétention

29. L'article 41 de l'Acte uniforme dispose : « Le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté ». C'est ce qu'on appelle le droit de rétention. L'Acte uniforme en fait une sûreté à part entière en lui créant un cadre juridique autonome⁵. Il reconnaît au créancier un droit de suite et de préférence (art. 43 AUS). Il précise ses conditions d'exercice. L'article 42 AUS exige un lien de connexité entre la naissance de la créance et la chose retenue. Il faut également que la créance soit certaine, liquide et exigible (art. 42 al. 1 AUS). Le lien de connexité étant souvent difficile à établir, l'alinéa 2 de l'article 42 AUS facilite cet établissement en réputant ce lien établi « si la détention de la chose et la créance sont la conséquence de relations d'affaires entre le créancier et le débiteur ».

B. Le gage

30. Le gage est réglementé par les articles 44 à 62 AUS qui s'appliquent indifféremment au gage commercial et au gage civil.

Le gage est une espèce de nantissement, c'est-à-dire le contrat par lequel un débiteur remet une chose mobilière ou immobilière à son créancier pour garantir sa dette. Il est défini comme "le contrat par lequel un bien meuble est remis au créancier ou à un tiers convenu entre les parties pour garantir le paiement d'une dette" (art. 44 AUS).

31. Cette définition pêche par défaut de précision. Il lui sera préféré la définition plus complète selon laquelle le gage est un contrat par lequel un débiteur remet à son créancier, à titre de garantie, un meuble que le créancier conservera jusqu'à l'échéance et dont, à défaut de paiement par le débiteur, il pourra obtenir la vente afin d'être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers. Cette définition a le mérite de mettre en lumière les problèmes que pose le gage et qui sont relatifs à la constitution du gage et à ses effets.

⁵ En droit français les auteurs ont contesté l'appartenance du droit de rétention aux sûretés réelles dans la mesure où le créancier ne bénéficie ni du droit de préférence, ni du droit de suite, ni même d'aucune possibilité de retirer une utilité quelconque de la chose retenue.

1. La constitution du gage

32. En tant que contrat, la constitution du gage est assujettie au droit commun des contrats. Mais sa formation exige des conditions supplémentaires⁶. Pour engager un bien, il faut, en premier lieu, en être propriétaire. Le gage est un acte de disposition conditionnel à terme. Il faut, en second lieu, la capacité d'aliéner. Les problèmes les plus importants que pose la constitution du gage sont relatifs à la rédaction d'un écrit et au rôle de la remise de la chose.

a. La rédaction d'un acte.

33. Tout contrat de gage doit être constaté par écrit. Il ne faut pas en inférer que le gage est un contrat solennel car l'écrit n'est pas une condition de validité de l'acte mais la condition de son opposabilité aux tiers (art. 49 AUS). C'est dire que le gage est soumis à un formalisme indirect.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés n'a pas précisé la nature de l'écrit. Il ne doit s'agir à l'analyse que d'un acte sous seing privé, autrement la formalité de l'enregistrement ne s'expliquerait pas. L'écrit exigé pour rendre le gage opposable aux tiers doit être enregistré. L'enregistrement est une formalité administrative visant à conférer à l'acte date certaine.

L'écrit doit comporter certaines mentions telles que : la somme due, les indications relatives à l'assiette du gage précisant l'espèce, la nature, la quantité s'il s'agit d'une chose fongible (art. 49 AUS).

b. La remise d'une chose

34. Le gage peut être remis entre les mains du créancier gagiste lui-même. La mise en possession du créancier épuise le crédit du débiteur. C'est pourquoi les parties peuvent préférer à la remise effective du gage au créancier, la remise du gage à un tiers ou l'entiercement. Quelles que soient les hypothèses envisagées, le créancier gagiste doit nécessairement rester en possession de la chose pendant toute la durée du gage (art. 48 AUS). Le contrat devient caduc lorsque la chose revient, même temporairement, entre les mains du débiteur.

2. Les formalités particulières

35. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a défini les modalités particulières de constitution du gage. Le gage de titres de créances fait l'objet d'une réglementation détaillée, les autres types de gage sont réglementés par renvoi.

⁶ La question de savoir si le créancier gagiste ne doit pas être un prêteur à gage ou un professionnel du gage appelle une réponse nuancée. Le problème sans aucun doute ne se pose pas pour les établissements financiers, car les avances sur titres sont licites et elles sont expressément soumises aux règles du gage (art. 51 AUS). Quant aux autres personnes physiques ou morales, il ne semble pas qu'il existe de dispositions légales interdisant le prêt sur gage ou aménageant un monopole comme c'est le cas en France. Cf. ANOUKAHA (F.) et *alii*, op. cit., n° 221.

a. Gage de titres de créance

36. Le titulaire d'une créance matérialisée par un titre peut l'engager en accomplissant les formalités prévues par l'article 50 AUS que sont l'écrit, la remise du titre et la signification du gage au débiteur transféré. L'écrit et la remise du titre sont soumis au régime général du gage qui a déjà fait l'objet d'un exposé. De la sorte, seule la signification du gage au débiteur fera l'objet d'un développement.

37. La signification consiste à porter à la connaissance du débiteur cédé ou « transféré » la constitution du gage. Celui-ci doit être informé du transfert de la créance à titre pignoratif. Cette formalité peut être accomplie par le constituant ou par le créancier gagiste. Elle a pour effet d'empêcher le débiteur cédé de verser le montant de la créance entre les mains du constituant. A partir de la signification, tout paiement effectué entre d'autres mains que celles du constituant lui est opposable. La signification n'est pas requise dans tous les cas. Il en est ainsi lorsque les titres sont au porteur.

b. Autres types de gage

38. Les articles 50 in fine à 53 AUS prévoient d'autres types de gage mais sans les réglementer de manière précise et détaillée. Certains ne sont qu'une adaptation du gage créance (gage de valeurs mobilières), d'autres en revanche, concernent des biens dont le propre est de faire l'objet de statuts particuliers (marchandises et propriétés incorporelles).

3. Les effets du gage

39. La finalité du contrat de gage est de donner au créancier gagiste une sûreté particulière. La protection du créancier gagiste est l'âme de l'opération. Cependant la constitution du gage ne doit pas aboutir à compromettre de façon définitive la situation du débiteur. C'est pourquoi la protection de la propriété doit équilibrer la protection du créancier gagiste.

40. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a reconnu au créancier gagiste des droits et a fixé ses obligations.

a. Les principaux droits reconnus au créancier gagiste

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a reconnu au créancier gagiste trois principaux droits qui sont le droit de rétention (art.54 AUS), le droit de suite (art.55 AUS) et le droit d'exécution (art. 56, 57 AUS)

- Le droit de rétention

41. Le droit de rétention permet au créancier retenu de refuser la restitution du bien remis en gage jusqu'à complet paiement de la dette. Il est d'une efficacité telle que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés l'a érigé en sûreté achevée et indépendante ⁷.

Il est exercé par le créancier gagiste lui-même ou le tiers dépositaire. Dans sa durée et sa portée, le droit de rétention est exercé jusqu'au paiement intégral de la dette y compris les intérêts et frais qui sont à la charge du débiteur. Il garantit le remboursement des impenses, c'est-à-dire les dépenses faites par le créancier pour la conservation ou l'amélioration du bien. S'il survient une ou plusieurs autres dettes entre le même débiteur et le même créancier postérieurement à la mise en gage et devenues exigibles avant le paiement de la première dette, le créancier gagiste peut retenir ou faire retenir la chose gagée jusqu'à complet paiement de toutes les dettes. Une telle extension de la garantie ne nécessite aucune stipulation contractuelle distincte (art.54, al.2 AUS).

Le droit de rétention est exercé aussi longtemps que la dette n'est pas totalement éteinte. Un paiement partiel ne met pas fin à la rétention. De même, la division de la dette entre les héritiers du débiteur ne peut nuire au créancier qui retient le bien jusqu'au paiement intégral (art. 60 AUS).

- **Le droit de suite**

42. Il est attaché à l'action en revendication prévue par l'article 55 AUS qui énonce que « s'il a été dessaisi contre sa volonté, le créancier peut revendiquer la chose gagée comme un possesseur de bonne foi ». Il est un corollaire du droit de préférence qui permet au créancier gagiste de préserver son droit en conservant le gage jusqu'au paiement intégral de la dette. Il ne doit pas être troublé dans sa détention ni par le débiteur, ni par un tiers.

Le créancier gagiste peut exercer son droit en premier lieu en cas de perte de la chose et en second lieu, en cas de revendication par le véritable propriétaire. A dire vrai, il n'exerce pas, dans le second cas, un droit de suite ; il résiste plutôt à l'action du véritable propriétaire. Mais quelles que soient les hypothèses envisagées, le créancier ne peut se prévaloir de son droit de suite que s'il est de bonne foi. De la sorte, en cas de restitution volontaire ou encore en cas de détention d'un bien qu'il sait appartenir à un tiers, le créancier gagiste ne pourra plus bénéficier de la protection due au possesseur de bonne foi ⁸.

- **Le droit d'exécution**

43. La possibilité offerte au créancier gagiste est la vente forcée du bien remis en gage. L'article 56 AUS énonce quelques règles de procédure tout en renvoyant aux voies d'exécution ⁹.

A défaut du paiement à l'échéance convenue de la dette, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire vendre par autorité de justice le gage. L'Acte uniforme

⁷ Cf. art. 41-43 AUS.

⁸ Cf. art. 55 AUS.

⁹ Cf. art. 91 et suiv. AUVE.

condamne expressément toute réalisation amiable du gage, même si elle est stipulée par contrat. La clause de voie parée est réputée non écrite. La vente doit être précédée d'une sommation au débiteur qui dispose d'un délai de huit jours pour réagir. Le bien est estimé suivant les cours ou à dire d'expert. Il faut faire observer que cette procédure ne s'applique pas à tous les gages. Dans certaines situations elle est écartée en raison de sa rigidité, dans d'autres hypothèses, elle est simplement impossible à mettre en œuvre.

Par exemple, il est appliqué un régime plus souple au gage de créances. Le créancier peut directement obtenir du débiteur cédé le paiement de la créance gagée. Mais puisqu'il reçoit en paiement une somme due à son propre débiteur, il doit en informer ce dernier. La procédure de vente forcée de l'article 56 AUS est également écartée si une procédure collective est ouverte contre le débiteur. En pareille occurrence, la règle de la suspension des poursuites individuelles s'applique à tous les créanciers même aux créanciers gagistes¹⁰.

Au reste, l'application de la procédure de vente forcée est impossible si le bien a péri. Le créancier ne peut alors qu'exercer son droit de préférence sur l'indemnité d'assurance si une telle garantie existe¹¹.

L'Acte uniforme a prévu dans l'attribution judiciaire du gage une alternative à la vente forcée¹².

b. Les obligations du créancier gagiste

44. La détention d'un bien appartenant à autrui comporte des obligations pour le créancier gagiste dont les principales sont l'obligation de conservation et celle de restitution.

- L'obligation de conservation

45. Le créancier gagiste est assimilable à un dépositaire rémunéré. Il doit, d'abord en cette qualité, veiller à ce que le bien ne perde pas sa valeur. Pour ce faire, il doit maintenir les choses fongibles dans les mêmes quantités et qualités que lors de leur remise. Les choses consommables ne pouvant être conservées sont remplacées en argent. Le créancier est alors obligé de prendre des mesures afin que ces biens ne périssent pas. Les créances arrivées à terme sont, sauf stipulation contraire, perçues en capital et intérêts. C'est dire que pendant la période de conservation du bien, le créancier est tenu de prendre des actes d'administration.

La conservation emporte, ensuite, l'obligation de ne pas user de la chose. Ce qui est interdit par l'Acte uniforme, c'est l'usage à titre personnel, de sorte que rien n'interdit aux parties de stipuler l'exploitation du bien pour préserver sa fonction économique. Ces deux obligations sont sanctionnées sur le plan civil et pénal.

¹⁰ Art. 9 AUPC.

¹¹ Cf. art. 57 AUS.

¹² Cf. art. 56, al.2 AUS.

Sur le plan civil, la responsabilité du créancier peut être retenue pour négligence dans la conservation. Il peut être condamné à des dommages-intérêts pour dégradation du bien, outre la déchéance de garantie qu'il encourt.

Sur le plan pénal, le créancier gagiste qui a détourné le bien gagé est passible des peines de l'abus de confiance.

- **L'obligation de restitution**

46. Le créancier gagiste doit restituer le gage dans plusieurs hypothèses. En premier lieu, il doit restituer le bien au débiteur s'il reçoit une sûreté équivalente, conformément aux stipulations du contrat. En revanche, si la substitution du gage n'avait pas été stipulée au contrat, le créancier gagiste ne peut être tenu de rendre le bien remis volontairement par le débiteur, même si la valeur du gage excède largement celle de la créance.

En second lieu, il sera évidemment tenu de restituer le bien dès que la dette garantie sera intégralement remboursée. Le gage étant indivisible, un paiement partiel ne peut obliger le créancier à procéder à la restitution et cela même si le bien est divisible par nature. Dans les cas où il est tenu à restitution, le créancier gagiste restitue le bien avec tous ses accroissements.

4. L'extinction du gage

47. Le gage est un contrat accessoire. Il s'éteint par la voie accessoire. Il peut s'éteindre également par la voie principale en raison des obligations mises à la charge du créancier gagiste.

a. Extinction par la voie accessoire

48. Le gage s'éteint lorsque l'obligation qu'il garantit est éteinte. Cette extinction par voie de conséquence tombe sous le sens puisque le gage garantit la dette principale. L'article 61 AUS n'énumère aucune cause d'extinction du gage. Le silence de l'Acte uniforme à ce propos doit signifier le renvoi au droit commun des obligations qui a prévu comme causes d'extinction des obligations, notamment, le paiement ou la remise de dette.

b. Extinction par la voie principale

49. Le gage s'éteint en laissant survivre l'obligation garantie lorsque le créancier gagiste restitue volontairement le gage ou lorsqu'une décision judiciaire ordonne la remise du bien au débiteur.

50. Dans l'hypothèse d'une remise volontaire du gage, le geste du créancier restituant l'objet engagé s'analyse en une renonciation à la sûreté. Il s'agit d'un acte unilatéral et abdicatif que le créancier gagiste est apte à effectuer dès lors que le gage est à son avantage exclusif.

51. Dans l'hypothèse d'une décision judiciaire de restitution, le créancier gagiste est frappé, d'une déchéance de ses droits en raison du manquement à l'obligation de conservation

du bien mise à sa charge par le contrat. La déchéance, en tant que sanction grave doit être réservée aux manquements graves.

PARAGRAPHE II : LES SÛRETÉS REELLES MOBILIÈRES SANS DÉPOSSESSION DU DÉBITEUR

52. Le gage traditionnel n'est valable que s'il y a dépossession ou dessaisissement du débiteur quant au bien objet du gage. Le dessaisissement réalise la publicité du gage et confère une grande sécurité au créancier gagiste. Malheureusement une telle solution prive le débiteur de l'usage de la chose. De plus, elle rend impossible la mise en gage de biens absolument nécessaires à l'exploitation du commerce, tels que le matériel, l'outillage, les véhicules, les stocks de matières premières et, surtout, le fonds de commerce. C'est pourquoi le droit moderne a créé un certain nombre de sûretés mobilières sans dépossession permettant de laisser ainsi au débiteur la possession des biens mobiliers corporels ou incorporels sur lesquels porte le gage. Le débiteur peut donc continuer son exploitation avec les possibilités accrues qui résultent pour lui des crédits obtenus.

53. Les sûretés réelles mobilières sans dessaisissement se présentent sous deux dénominations : le warrant et le nantissement.

L'Acte uniforme semble ne retenir que le nantissement sans dépossession sans qu'on puisse affirmer qu'il a totalement ignoré le warrant puisque l'article 63 AUS prévoit le nantissement sans dépossession des « stocks de matières premières et des marchandises » ce qu'on appelle traditionnellement le warrant industriel. Seul donc ne semble pas pris en compte par l'Acte uniforme le warrant hôtelier.

54. La particularité du droit uniforme c'est que la constitution et la réalisation de la sûreté relèvent de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés tandis que son efficacité est liée à l'inscription au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM), organisée par l'Acte uniforme relatif au droit commercial général (AUDCG).

55. S'agissant du nantissement sans dépossession, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (art. 63) a retenu :

- le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières (art. 64-68 AUS) ;
- le nantissement du fonds de commerce et le privilège du vendeur de fonds de commerce (art. 69-90 AUS) ;
- le nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles (art. 91-99 AUS) ;
- le nantissement des stocks (art. 100-105 AUS).

A. Le nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières

56. Le nantissement des droits sociaux et des valeurs mobilières est régi par les articles 64 et suivants AUS qui doivent être complétés par les articles 44 et 45 AUDCG concernant sa publicité au registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM).

1. Constitution du nantissement

57. La constitution du nantissement des droits sociaux est soumise aux règles de fond et de forme communes à tous les nantissements, sous réserve de la particularité de l'objet affecté en garantie. Seuls sont susceptibles de nantissement conventionnel ou judiciaire les droits d'associés, les valeurs mobilières des sociétés commerciales et les droits cessibles des personnes morales soumises à l'immatriculation au RCCM. Les conditions de forme varient selon que le nantissement est conventionnel ou judiciaire. Mais dans l'un et l'autre cas, il doit être signifié à la personne morale émettrice et inscrit au RCCM (art. 67-2 AUS). Le nantissement conventionnel doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé et enregistré. Le nantissement judiciaire est accordé par le juge à la demande du créancier (art. 66 AUS).

2. Effets du nantissement

58. Lorsqu'il est régulièrement inscrit au RCCM, le nantissement confère au créancier un droit de suite et un droit de préférence. Seul l'exercice du droit de suite appelle un commentaire.

Selon l'article 68 AUS, le droit de suite s'exerce conformément aux dispositions de l'article 56-1 AUS qui organise le régime général de la réalisation des sûretés réelles mobilières. Ce dernier texte (art. 56-1 AUS) renvoie à l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution qui prévoit des dispositions spéciales pour la réalisation des droits d'associés et des valeurs mobilières (art. 88 à 90 et 240 à 244 AUVE).

B. Le nantissement du fonds de commerce et le privilège du vendeur de fonds de commerce

59. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés a reconduit pour l'essentiel les dispositions de la loi Cordelet du 17 mars 1909 en y apportant quelques correctifs souhaités déjà par la doctrine et en consacrant les solutions dégagées par la jurisprudence.

1. Constitution du nantissement

60. Le nantissement doit être constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré (art. 70 AUS). Les éléments susceptibles d'en faire l'objet sont énumérés par l'article 69 AUS qui distingue les éléments qui doivent obligatoirement être compris dans le nantissement (éléments obligatoires), les éléments qui peuvent être compris dans le nantissement (éléments facultatifs) et ceux qui ne doivent jamais en faire partie (éléments exclus).

Les *éléments obligatoires* retenus par l'article 69-1 AUS sont au nombre de cinq à savoir : la clientèle, l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail et les licences d'exploitation.

Les *éléments facultatifs* peuvent être corporels ou incorporels. S'agissant des premiers, l'article 69-2 AUS énumère : les brevets d'invention, les marques de fabrique et de commerce, les dessins et modèles et autres droits de la propriété intellectuelle. S'agissant des

éléments corporels, l'article 69-2 AUS prévoit que le nantissement du fonds de commerce peut aussi porter sur le matériel dès lors qu'il n'a pas fait l'objet d'un nantissement distinct¹³.

Certains éléments du fonds de commerce *ne peuvent, en aucun, cas être compris* dans le nantissement du fonds de commerce. L'article 69-3 AUS exclut, en effet, du fonds de commerce les droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au livre foncier.

2. Le privilège du vendeur de fonds de commerce

61. L'hypothèse envisagée est celle où le vendeur du fonds de commerce n'a pas été payé du prix en tout ou en partie. Pour garantir le recouvrement de la créance due, l'Acte uniforme lui a accordé un privilège sur le fonds vendu. Il s'agit donc du privilège du vendeur à crédit du fonds de commerce¹⁴. Pour être opposable aux tiers ce privilège doit être inscrit au RCCM.

C. Nantissement du matériel professionnel et des véhicules automobiles

62. Les objets affectés en garantie du paiement d'une dette sont différents, mais les règles juridiques applicables sont globalement identiques.

1. Nantissement du matériel professionnel

63. Lorsqu'il ne fait pas partie d'un fonds de commerce, le matériel professionnel peut être séparément nanti. Les biens pouvant être nantis sont ceux servant à l'équipement d'une personne pour l'exercice de sa profession, qu'ils soient neufs ou usagés. Le caractère professionnel des matériels doit être avéré ; cependant il importe peu qu'ils servent à un usage civil (profession libérale), commercial, industriel, agricole ou artisanal.

2. Nantissement des véhicules automobiles

64. Peuvent être nantis, dispose l'article 93 AUS, "les véhicules automobiles assujettis à une déclaration de mise en circulation administrative et à immatriculation". Ces deux conditions sont cumulatives et le nantissement est possible quelle que soit la destination (professionnelle ou non) de l'achat de ces véhicules.

Qu'il porte sur du matériel professionnel ou sur des véhicules automobiles, le nantissement doit être constitué par un écrit passé sous seing privé ou en la forme authentique et enregistré. Il doit être inscrit au RCCM pour produire effet et lorsqu'il est inscrit, il confère au créancier nanti un droit de suite et un droit de préférence.

D. Le nantissement des stocks de matières premières et de marchandises

65. Le nantissement des stocks est essentiellement prévu pour des choses fongibles qui ne peuvent faire l'objet d'un gage avec dépossession, même par entiercement, en raison de

¹³ V. en ce sens, art. 91 AUS.

¹⁴ Cf. art. 117, al. 2 AUDCG pour les conditions d'existence du privilège du vendeur de fonds de commerce

l'impossibilité pour le créancier de les détenir lui-même ou de recourir à un tiers pour les garder.

1. Constitution du nantissement

66. Le nantissement des stocks est soumis aux règles générales de formation des contrats et à l'exigence de la qualité de propriétaire des stocks du constituant. Sa particularité tient à son objet, c'est-à-dire des choses susceptibles d'être nanties. Peuvent être nantis les matières premières (produits miniers, hydrocarbures ...), les produits d'une exploitation agricole (récoltes) ou industrielles (produits manufacturés ou fabriqués), les marchandises destinées à la vente (achetées à un producteur ou à un précédent distributeur en vue de la revente : tissus, conserves, appareils ménagers, audiovisuels ...) à condition de constituer un ensemble de choses fongibles.

67. Le nantissement des stocks est constitué par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré. L'enregistrement de l'acte constitutif de nantissement est discutable, il est inutile car il fait double emploi avec l'inscription au RCCM. Les deux formalités produisent les mêmes effets.

Sous cette réserve, le nantissement ne produit effet que s'il est inscrit au RCCM ¹⁵.

2. Effets du nantissement

68. Avant l'échéance convenue, le débiteur a la responsabilité du stock qui est confié à sa garde et à ses soins. Le propriétaire des stocks nantis conserve le droit de les vendre. A l'échéance, si la dette du débiteur envers le créancier nanti est intégralement payée, il doit être procédé à la mainlevée du nantissement. A défaut de paiement de la dette, le créancier nanti exerce son droit de suite et de préférence sur les stocks nantis. La réalisation des stocks s'accomplit selon les dispositions de l'article 56-1 AUS prévues pour le gage. Cet article renvoie aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement des créances et des voies d'exécution (AUE) qui distinguent selon que le créancier dispose d'un titre exécutoire ou non ¹⁶.

PARAGRAPHE III : LES PRIVILÈGES

69. Ce sont des sûretés légales. Ce sont des droits que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, mêmes hypothécaires ¹⁷. Les privilèges sont très nombreux, il est pratiquement impossible d'en établir une liste exhaustive.

70. L'Acte uniforme portant organisation des sûretés paraît limiter les privilèges aux seuls privilèges mobiliers.

¹⁵ Cf. en ce sens, ANOUKAHA (F.) et **alii**, op. cit, n°385.

¹⁶ V. ANOUKAHA (F.) et **alii**, op. cit., n°249.

¹⁷ Cf. c.civ. art. 2095.

On peut invoquer en ce sens la présentation formelle de cet Acte. Les privilèges sont, en effet, dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, l'objet d'un chapitre IV du titre II consacré aux sûretés mobilières. Est-ce à dire que les privilèges prévus par l'Acte uniforme sont mobiliers, quelle que soit leur assiette ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où ledit Acte uniforme les prend en considération pour la distribution des deniers en matière mobilière et immobilière¹⁸. Le fond doit donc l'emporter sur la forme et inciter à penser que, par suite d'une erreur regrettable, ces privilèges ont été traités dans un chapitre consacré aux sûretés réelles mobilières¹⁹.

L'Acte uniforme distingue les privilèges généraux des privilèges spéciaux.

71. L'article 107 de l'Acte uniforme donne la liste et l'ordre des privilèges généraux sans publicité. On notera en passant que pour apprécier la qualité de la créance, on s'attache à son caractère humanitaire ou social ou économique.

Les privilèges de l'article 107 AUS sont dispensés de publicité.

L'article 108 AUS précise que certains privilèges surtout ceux de l'article 107 – 5 AUS n'ont d'effet que « s'ils sont inscrits, dans les six mois de l'exigibilité de ces créances, au Registre du commerce et du crédit mobilier ». Bien sûr, s'il y a eu « infraction à la législation fiscale, douanière ou sociale, le délai ne commence à courir qu'à compter de la contrainte, ou du titre de perception ou de tout autre titre de mise en recouvrement » (art. 108 AUS).

Les articles 109 et suivants AUS sont consacrés aux privilèges spéciaux et en constituent, en même temps, la liste qui comprend : le privilège du vendeur de meuble qui s'exerce sur le prix du meuble vendu; le privilège du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les lieux loués; le privilège du transporteur terrestre sur la chose transportée; le privilège de l'exécutant d'un ouvrage; le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises des travaux, le privilège du salarié qui prime d'ailleurs celui des fournisseurs; le privilège du commissionnaire qui s'exerce sur les marchandises qu'il détient pour le compte du commettant; enfin, le privilège de 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.

Il faut préciser que la possibilité laissée à chacun des pays membres, de créer d'autres privilèges généraux et de préciser leur rang, permet d'affirmer que cette liste n'est pas limitative.

SECTION II : LES SURETES REELLES IMMOBILIERES

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés ne traite que de l'hypothèque²⁰.

¹⁸ Voir infra n° 107, 108, 115 et 118.

¹⁹ Contra ANOUKAHA (F.) et *alii.*, op. cit., n°584. Selon ces auteurs, les privilèges généraux sont des sûretés mobilières et immobilières.

²⁰ Il a ignoré ce faisant, l'antichrèse qui est une sûreté immobilière entraînant la dépossession du débiteur.

72. L'hypothèque est un droit réel accessoire à un droit de créance qui, sans dessaisir le débiteur de l'immeuble qui en est grevé, confère au créancier non payé à l'échéance, le droit de faire saisir et vendre l'immeuble, en quelque main qu'il se trouve afin de se faire payer par préférence sur le prix.

73. L'Acte uniforme fixe, dans les généralités, les conditions de constitution de l'hypothèque. Les règles sont les mêmes que l'hypothèque soit conventionnelle ou forcée. Elles ont trait notamment à l'assiette de la sûreté (immeuble immatriculé) les droits réels immobiliers régulièrement inscrits selon les règles du régime foncier). Quant aux effets, il n'y a pas vraiment d'innovation : Ils tiennent au droit de suite qui s'exerce dans les mêmes conditions que la saisie immobilière et le droit de préférence.

PARAGRAPHE I : CONSTITUTION DE L'HYPOTHEQUE

74. Selon sa source, l'Acte uniforme distingue l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque forcée.

A. L'hypothèque conventionnelle (art. 126 – 131 AUS)

75. C'est celle qui résulte de conventions conclues entre créancier et débiteur. Le texte précise les conditions de constitution de l'hypothèque. Elles tiennent à la personne du constituant (être propriétaire, copropriétaires, avoir la capacité), la créance garantie (la règle de spécialité), à l'assiette et à la formalité de constitution de l'hypothèque.

Les conditions relatives à la personne du constituant sont suffisamment connues pour être de nouveau exposées. En revanche, les autres conditions appellent un commentaire.

1. La créance garantie

76. L'hypothèque est un contrat de garantie puisqu'elle est destinée à garantir une créance. Elle est nécessairement l'accessoire d'une créance. Cette créance ne doit pas seulement exister. Elle doit être aussi déterminée. Il s'agit principalement pour les parties d'indiquer le montant exact et l'origine de la créance (art. 127 AUS). Par cette double exigence, l'Acte uniforme recherche non seulement la précision du fait générateur de la créance mais encore cherche à faire recueillir les informations connexes relatives à la source de la créance afin de rendre complète l'information fournie au tiers par le système d'inscription au livre foncier. Il cherche par ailleurs dans l'exigence de la spécialité de l'assiette hypothécaire à préserver le crédit du débiteur.

2. La spécialité de l'assiette immobilière

77. L'article 119 AUS dispose que seuls les immeubles immatriculés peuvent être l'objet d'une hypothèque. Ce principe est écarté cependant dans deux hypothèses prévues par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés que sont l'hypothèque consentie au cours d'une procédure d'immatriculation et la prise d'hypothèque judiciaire provisoire.

78. En premier lieu, lorsqu'une hypothèque a été consentie au cours d'une procédure d'immatriculation, son bénéficiaire peut être exceptionnellement autorisé à procéder à l'inscription provisoire de sa sûreté afin de prendre rang et de la rendre opposable aux tiers. Il s'agit d'une inscription hypothécaire préventive qui ne deviendra définitive que si le titre afférent au droit immobilier qui en est l'objet est créé et si elle y est reportée.

79. En second lieu, l'article 139-4° AUS autorise indirectement et implicitement la prise d'hypothèque judiciaire provisoire sur un immeuble non immatriculé lorsqu'elle est conforme aux dispositions des législations nationales spécialement prévues à cet effet.

80. Sous cette réserve, l'hypothèque peut porter sur tout immeuble corporel ou incorporel immatriculé. Elle peut être établie sur tous les immeubles par nature ou par destination. Elle peut porter sur un démembrement du droit de propriété tel l'usufruit immobilier ou la nue-propriété, le droit de superficie, le bail emphytéotique ou le bail à construction. En revanche l'hypothèque n'est pas susceptible d'hypothèque ; en d'autres termes, il ne peut y avoir une hypothèque de l'hypothèque. De même, parce qu'il n'est pas dans le commerce, le droit d'usage et d'habitation n'est pas susceptible d'hypothèque.

81. Il s'agit, dans l'hypothèque, d'affecter spécialement l'immeuble d'un débiteur à la garantie de sa dette, ce qui renvoie au principe de spécialité énoncé par l'article 120 alinéa 1^{er} AUS.

En règle générale, l'hypothèque ne peut porter que sur des immeubles déterminés. Cette règle signifie que l'immeuble grevé d'hypothèque doit être désigné de façon précise par l'acte de constitution. Elle ne défend pas à un débiteur de consentir hypothèque sur tous ses immeubles, mais l'oblige à les identifier avec précision de sorte qu'il ne pourra pas se dépouiller à l'occasion d'un seul acte de tout son crédit et les créanciers auront une idée exacte de l'étendue de leurs droits.

L'immeuble, objet d'hypothèque, ne doit pas simplement être déterminé avec exactitude ; il doit être également présent (art. 120, al. 1 AUS). C'est dire que l'hypothèque des biens à venir est prohibée ²¹.

Outre les conditions rigoureuses de fond, l'hypothèque est soumise à une condition de forme sévère.

3. Le formalisme de l'hypothèque

82. La convention d'hypothèque est un acte solennel, c'est-à-dire que sa validité est subordonnée à l'accomplissement d'un formalisme : un écrit et une inscription. L'article 128 AUS dispose que l'hypothèque peut être consentie soit par un acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité judiciaire habilitée à faire de tels actes ; ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

83. L'Acte uniforme n'a pas réduit la forme de l'hypothèque au seul acte notarié. Ce faisant, il a fait preuve d'un certain libéralisme. Il ne fait cependant aucun doute que, hors les formes qu'il a prescrites, l'hypothèque consentie est nulle, d'une nullité absolue. Pour être

²¹ V. ANOUHAHA (F.) et alt, op. cit., n° 478-482.

efficace, l'hypothèque régulièrement consentie doit être publiée. Pour être, en effet, opposable aux tiers, elle doit être inscrite au livre foncier (art. 122, 129 AUS). Cette inscription peut, exceptionnellement être différée, lorsqu'elle est affectée à la garantie d'un prêt à court terme. Quels que soient les cas de figure, c'est la date d'inscription de l'hypothèque qui détermine l'ordre de paiement des créanciers hypothécaires au cas où plusieurs hypothèques auraient été constituées sur un même immeuble.

B. L'hypothèque forcée (art. 132 à 144 AUS)

84. L'Acte uniforme vise l'hypothèque conférée sans le consentement du débiteur, par la loi (hypothèque forcée légale) ou par une décision de justice (hypothèque forcée judiciaire). L'article 132 al. 2 AUS réaffirme la règle de la spécialité (il faut que les immeubles soient déterminés, il faut que les créances garanties soient individualisées par leur origine et leur cause et pour une somme déterminée). L'Acte uniforme exclut alors les hypothèques générales. On peut se demander si le fait de faire cette précision pour les hypothèques forcées doit signifier que les hypothèques générales sont admises pour les autres catégories d'hypothèque principalement l'hypothèque conventionnelle. La réponse négative à cette question s'impose, car la même règle semble être prévue pour l'hypothèque conventionnelle (cf. art. 127 al. 2 AUS). L'Acte uniforme portant organisation des sûretés ignore également les hypothèques occultes et pose en règle générale que tout acte judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit au livre foncier conformément aux règles de la publicité foncière prévue à cet effet (art. 122 AUS). C'est dire que l'efficacité des hypothèques légales est subordonnée à leur inscription au livre foncier²².

1. Hypothèque légale

85. C'est celle que la loi attache de plein droit à une créance en dehors de toute manifestation de volonté du créancier ou du débiteur. Pour l'Acte uniforme, en dehors de ce que contient chaque législation nationale, l'hypothèque légale bénéficie :

- A la masse des créanciers dans les procédures collectives,
- au vendeur, l'échangiste et au copartageant,
- à celui qui fournit les deniers pour l'acquisition d'un immeuble vendu, échangé ou partagé en établissant par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi,
- à l'architecte, entrepreneur et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments,
- à celui qui fournit les deniers pour rembourser les personnes précitées.

a. Hypothèque légale de la masse des créanciers

86. Les créanciers d'une personne physique ou morale déclarée en cessation de paiements et, de ce fait, soumise à une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, sont regroupés en une masse et bénéficient, à ce titre, d'une hypothèque légale sur les biens immobiliers de leur débiteur. Cette hypothèque qui résulte automatiquement du jugement ouvrant la procédure collective, tend à favoriser le recouvrement des créances de la

²² Pour l'inscription de l'hypothèque légale de la masse des créanciers, cf. art. 74, al.2, 54 al. 2 AUPC ; pour l'inscription de l'hypothèque forcée des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées, cf. art. 135, al. 2 AUS.

masse constituée par les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture de la procédure collective, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable du fait de sa naissance pendant la période suspecte ou qu'elle cause un préjudice à la masse des créanciers.

b. Hypothèque légale du vendeur d'immeuble, de l'échangiste et du copartageant

87. A défaut d'une hypothèque conventionnelle, le vendeur, l'échangiste et le copartageant bénéficient d'une hypothèque forcée qui garantit le paiement du prix de la vente, de la soulte ou des impenses (art. 134 AUS). Cette hypothèque bénéficie également au prêteur qui a fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble vendu, échangé ou partagé dès lors qu'il est authentiquement constaté par l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi et par la quittance du vendeur, de l'échangiste ou d'un copartageant, que le paiement a été fait par des deniers empruntés.

c. Hypothèque légale des architectes et autres personnes employées à la construction ou à la réparation d'un immeuble

88. Les architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments peuvent, avant le commencement des travaux, se faire consentir une hypothèque forcée sur l'immeuble ayant fait l'objet des travaux (art. 135, al. 1^{er} AUS). Cette hypothèque est également accordée à défaut d'une hypothèque conventionnelle, à celui qui fournit les deniers pour payer ou rembourser les architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour édifier, réparer ou reconstruire des bâtiments, dès lors qu'il est formellement constaté dans l'acte d'emprunt que la somme était destinée à cet emploi et, par la quittance des architectes, entrepreneurs et autres personnes, que le paiement a été fait par les deniers empruntés.

2. L'hypothèque judiciaire

89. Elle est prévue aux articles 136 et suivants de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. On peut dire qu'il s'agit aussi d'une hypothèque légale, mais l'occasion qui lui donne naissance lui confère son caractère. Ce n'est pas le jugement qui l'établit. L'hypothèque judiciaire est conférée par une décision de justice (art. 132 AUS). Elle est conservatoire, spéciale quant à la créance garantie et quant à son assiette. Elle est destinée à garantir une créance assortie ou non de titre exécutoire et mise en péril.

90. Le juge ne donne son autorisation et le créancier ne prend son inscription provisoire que lorsque certaines conditions préalables sont réunies (art. 136 et suiv. AUS).

PARAGRAPHE II : EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE

91. Les effets produits par les hypothèques sont énumérés par les articles 145 et 146 AUS. Ils se ramènent aux pouvoirs des parties sur l'immeuble hypothéqué. Ces pouvoirs varient selon que l'immeuble hypothéqué est entre les mains du constituant ou entre les mains d'un tiers détenteur.

A. Situation de l'immeuble hypothéqué entre les mains du constituant

92. Le propriétaire débiteur conserve des droits sur l'immeuble hypothéqué qui sont compatibles avec les pouvoirs du créancier hypothécaire.

1. Droits du constituant sur l'immeuble hypothéqué

93. Avant l'exercice de l'action hypothécaire, le propriétaire débiteur a la maîtrise de ses biens. Il conserve ses droits sous réserve de l'inopposabilité de certains des actes qu'il a accomplis au détriment du créancier hypothécaire. Il reste ainsi propriétaire du bien hypothéqué. Il conserve, en règle générale, un droit d'usage, un droit de jouissance et un droit d'administration dans une certaine mesure.

2. Pouvoirs du créancier hypothécaire

94. Le créancier hypothécaire ne retire aucune utilité immédiate de sa garantie. Il n'a ni le droit de jouissance, ni le droit d'usage, ni le droit de disposition. Son droit est différé et presque virtuel ; il n'apparaît qu'au moment de l'exécution de la garantie. Le créancier hypothécaire a l'action hypothécaire qui se réduit au droit de provoquer la vente du bien par la saisie. Cette saisie commence par un commandement de payer. A partir de sa publication, ce commandement opère le dessaisissement du débiteur hypothécaire qui garde la possession de l'immeuble, mais perd ses droits d'administration et de disposition. En cas de vente sur saisie de l'immeuble hypothéqué, le créancier hypothécaire exerce son droit de préférence conformément aux dispositions de l'article 148 AUS pour garantir aussi bien le principal de la dette que les frais et trois années d'intérêts au même rang, sauf à prendre des inscriptions particulières portant hypothèques à compter de leurs dates pour les intérêts autres que ceux conservés par l'inscription initiale.

Le droit de préférence s'exerce également, par subrogation, sur l'indemnité d'assurance de l'immeuble sinistré (art. 117 AUS).

B. Situation de l'immeuble hypothéqué entre les mains du tiers détenteur

95. Le tiers détenteur visé est le nouveau propriétaire de l'immeuble hypothéqué. La vente de l'immeuble immatriculé hypothéqué est valable car le débiteur hypothécaire conserve sur son bien toutes les prérogatives du propriétaire dont, notamment, le droit d'aliéner. Mais le droit du créancier hypothécaire est opposable à l'acquéreur, autrement le droit de préférence deviendrait fragile.

1. Droit de suite du créancier hypothécaire

96. L'article 117 AUS dispose que le droit de suite s'exerce selon les règles de la saisie immobilière. Il est exercé contre le débiteur ou tout tiers dont le titre est publié postérieurement à l'hypothèque. Au fond, le droit de suite n'est rien d'autre que la conservation du droit de saisie et du droit de préférence à l'encontre du tiers acquéreur. Le créancier hypothécaire a le droit de saisir et vendre l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur qui le détient à la suite d'une aliénation afin de se faire payer par préférence sur le prix. Mais il ne peut exercer ce droit qu'à la triple condition d'avoir transcrit son droit avant la

transcription de l'acte d'acquisition, d'être titulaire d'une créance exigible, d'avoir adressé une sommation au tiers acquéreur qui dispose d'une option.

2. Option du tiers détenteur

97. Le tiers acquéreur n'est pas tenu personnellement de la dette ; il n'en est tenu qu'à titre hypothécaire. De ce fait, il dispose d'une série d'options. Il peut d'abord s'opposer à l'adjudicataire et dispose à cette fin de deux moyens que sont le bénéfice de discussion et le délaissement. Il peut aussi proposer la purge de l'hypothèque ²³.

PARAGRAPHE III : LE SORT DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE

98. L'article 124 in fine AUS dispose que l'extinction de l'hypothèque conventionnelle résulte :

- de l'extinction de l'obligation principale ;
- de la renonciation du créancier à l'hypothèque ;
- de la péremption de l'inscription attestée, sous sa responsabilité, par le conservateur de la propriété foncière, cette attestation devant mentionner qu'aucune prorogation ou nouvelle inscription n'affecte la péremption.

99. L'hypothèque étant liée à l'immeuble qu'elle grève, est éteinte lorsque son assiette disparaît. En pareille hypothèse, il y a une extinction partielle de l'hypothèque parce que le droit de préférence survit. L'hypothèque, par l'effet de la subrogation réelle, va se reporter sur l'indemnité d'assurance de l'immeuble sinistré. De même, le sort de l'hypothèque est déterminé par les caractères de la créance qu'elle garantit.

CHAPITRE III : CLASSEMENT DES CREANCIERS DANS LA DISTRIBUTION DU PRIX DES BIENS DU DEBITEUR

100. Les articles 148 et 149 AUS regroupent l'ensemble des créanciers titulaires de sûretés en deux masses distinctes consacrées à la distribution du prix des immeubles et à celle du prix des meubles.

Les classements opérés par ces articles constituent le droit commun ; ils concernent la répartition des deniers provenant de la réalisation des biens d'un débiteur in bonis ²⁴.

SECTION I : CLASSEMENT DES CRÉANCIERS EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

101. L'article 148 AUS a classé les créanciers pour la distribution des deniers provenant du prix d'un immeuble dans l'ordre suivant.

²³ Cf. art. 150 et suiv. AUPC.

²⁴ Lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective d'apurement du passif, ce sont les articles 166 et 167 AUPC qui s'appliquent.

1. Premier rang : les créanciers des frais de justice

102. Les frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation de l'immeuble et à la distribution elle-même du prix sont prélevés avant toute distribution. En interprétant littéralement l'article 148, 1^o AUS, ne sont payés en premier lieu que les frais de réalisation et de distribution en relation avec l'immeuble vendu. Il en résulte que si le prix de l'immeuble concerné ne suffit pas à payer ces frais, ceux-ci ne pourront être imputés sur un autre immeuble ou meuble ; inversement, les frais de justice engagés pour la réalisation d'un autre bien immeuble ou meuble ne peuvent être servis sur l'immeuble en question, sauf à un rang chirographaire.

103. La nature de ces frais n'ayant pas été précisée par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, la jurisprudence antérieure devrait continuer à s'appliquer ²⁵. Il s'agit des frais relatifs, d'une part, à la réalisation de l'immeuble (c'est-à-dire ceux de la saisie immobilière et, éventuellement, de l'hypothèque judiciaire conservatoire) à l'exclusion des frais de justice ayant permis la condamnation du débiteur et, d'autre part, à la distribution du prix, que cette répartition ait été consensuelle ou judiciaire. Ces frais sont payés à la personne qui a accompli ces actes ou qui en a fait l'avance, à l'exemple de l'huissier, du syndic, de l'avocat, du créancier poursuivant ... En cas d'insuffisance du prix de vente, les créanciers sont payés à proportion de leurs créances, au marc le franc.

2. Deuxième rang : les créanciers de salaires superprivilégiés

104. Le superprivilège des salariés ne figure pas au rang des privilèges généraux énumérés par l'article 107 AUS. Il est cité uniquement par les articles 148 et 149 AUS qui lui ont conféré un rang très préférentiel par rapport aux autres créanciers ²⁶.

105. Si les deniers provenant de la réalisation de l'immeuble ne suffisent pas à payer le superprivilège de tous les salariés, ceux-ci concourent à la distribution du prix dans la proportion de leurs créances, au marc le franc. Ainsi, si, après l'acquittement des frais de justice, le prix restant à distribuer ne représente que la moitié du total des créances de salaires superprivilégiées, chaque créancier ne percevra que 50% de sa créance.

3. Troisième rang : les créanciers hypothécaires

106. Les créanciers hypothécaires sont servis chacun selon son rang déterminé par la date d'inscription de son hypothèque. Il importe peu que l'hypothèque soit conventionnelle ou forcée, seule la date de l'inscription au livre foncier détermine le rang. A l'hypothèque, l'article 148-3^o AUS assimile le privilège des créanciers séparatistes qui n'est pas organisé par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés mais, par le droit des successions de chaque État partie à l'OHADA.

²⁵ Cf. la jurisprudence française citée in CABRILLAC (M.) et MOULY (Chr.), Droit des sûretés, Litec, 5^e éd., n° 586 et suiv., SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), Les sûretés. La publicité foncière, 2^e éd., n° 630 et suiv.

²⁶ En réalité, le superprivilège des salaires est une création du droit du travail qui l'a organisé sur la base de la Convention n°95 (1949) de l'OIT concernant la protection du salaire (art. 8, 10 et 11 not.).

Il ne peut donc pas y avoir de concours entre les créanciers hypothécaires sur le prix à distribuer. Soit le prix est suffisant pour désintéresser chacun d'eux, soit il ne l'est pas. Dans cette dernière hypothèse, ne seront payés que ceux qui sont en rang utile.

4. Quatrième rang : les créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité

107. Les créanciers munis d'un privilège soumis à publicité au Registre du commerce et du crédit mobilier sont, notamment, le fisc, la douane et la sécurité sociale pour la partie de leurs créances dépassant la limite de la somme fixée par chaque législation nationale pour l'exécution provisoire des décisions de justice. Chacun des créanciers sera servi selon le rang que lui confère sa date d'inscription et pour le montant des sommes inscrites.

5. Cinquième rang : les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité

108. Les créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité sont ceux énumérés par l'article 107 AUS. Ils sont servis dans l'ordre où ce texte les cite. Mais il est possible qu'une loi nationale consacre d'autres privilèges généraux. Cette hypothèse est prévue par l'article 106, al. 2 AUS qui dispose que, dans ce cas, le texte national devra préciser le rang de cette sûreté par rapport à l'article 107 AUS, à défaut, celle-ci sera rangée au dernier rang de l'ordre qui suit (art. 107 AUS) :

- les frais d'inhumation et les frais de dernière maladie du débiteur,
- les fournitures de subsistance faites au débiteur pendant la dernière année,
- les sommes dues aux travailleurs et apprentis durant la dernière année,
- les sommes dues aux auteurs d'œuvres intellectuelles, littéraires et artistiques pour les trois dernières années,
- les créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale.

6. Sixième rang : les créanciers chirographaires

109. Les créanciers chirographaires doivent, pour être servis, détenir un titre exécutoire et intervenir dans la procédure par voie de saisie ou d'opposition. Cependant rien ne fait obstacle à ce que le débiteur et les créanciers détenteurs d'un titre exécutoire acceptent, à l'unanimité, d'accueillir des créanciers qui n'en ont pas.

SECTION II : CLASSEMENT DES CRÉANCIERS EN MATIÈRE MOBILIÈRE

110. Les deniers provenant de la réalisation d'un bien meuble sont distribués entre les créanciers selon l'ordre établi par l'article 149 AUS.

1. Premier rang : les créanciers des frais de justice

111. Les règles applicables à la distribution des deniers provenant de la réalisation d'un immeuble valent pour la distribution des deniers provenant de la réalisation d'un meuble, car les frais sont de même nature. On applique aux créanciers la règle du marc le franc en cas d'insuffisance du prix. Le droit de préférence accordé pour les frais de justice relatifs à un meuble constitue un privilège mobilier spécial non soumis à publicité.

2. Deuxième rang : la créance privilégiée du conservateur

112. Le privilège du conservateur est institué en faveur de 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 (art. 116 AUS). Le conservateur n'est servi qu'avant les créanciers (chirographaires ou munis de sûretés) dont le titre est antérieur au sien et dont il a ainsi préservé l'intérêt, c'est-à-dire ceux dont il a sauvé un élément de leur gage général ou spécial.

3. Troisième rang : les créanciers de salaires superprivilégiés

113. Les règles prévues en matière immobilière pour les créances de salaires superprivilégiés s'appliquent en matière mobilière.

4. Quatrième rang : les créanciers gagistes

114. En cas de pluralité de gages sur le même meuble, les créanciers gagistes sont payés dans l'ordre de constitution de leurs gages respectifs. Pour déterminer la date de constitution d'un gage, il faut se référer à celle de l'enregistrement de l'écrit constitutif de cette sûreté parce que c'est cette formalité qui rend le gage opposable aux tiers.

En cas de constitution successive sur un même meuble d'un gage et d'un nantissement, le gage doit primer le nantissement (art. 149-4° AUS), d'autant plus qu'étant détenteur du bien, le créancier gagiste peut opposer à tous autres créanciers ou titulaires postérieurs de droits réels sur la chose son droit de rétention, sauf à invoquer la fraude ou la mauvaise foi du créancier gagiste qui corrompt son titre (art. 47, al 1^{er} AUS a contrario).

5. Cinquième rang : les créanciers inscrits au Registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM)

115. Les créanciers visés sont ceux qui sont nantis et ceux qui sont titulaires d'un privilège général soumis à publicité, chacun selon son rang déterminé par la date de son inscription au RCCM. Il s'agit, d'une part, des nantissements sans dépossession sur les valeurs mobilières, le fonds de commerce, les matériels et outillages, les véhicules automobiles soumis à autorisation pour circuler, les stocks de matières premières et marchandises ; d'autre part, des créances fiscales, douanières et de sécurité sociale soumises à publicité (art. 108 AUS).

6. Sixième rang : les créanciers titulaires de privilèges mobiliers spéciaux

116. Il s'agit des privilèges mobiliers spéciaux prévus par les articles 109 à 116 AUS, c'est-à-dire :

- le privilège du vendeur de meuble (art. 110 AUS),
- le privilège du bailleur d'immeuble (art. 111 AUS),
- le privilège du transporteur terrestre (art. 112 AUS),
- le privilège du travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile (art. 113 AUS),
- le privilège des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux (art. 114 AUS),
- le privilège du commissionnaire (art. 115 AUS),
- le privilège du conservateur (art. 116 AUS).

117. En cas de saisie ou d'opposition sur le même meuble par plusieurs créanciers titulaires d'un privilège spécial (vendeur, commissionnaire, transporteur ...), la préférence est donnée au premier saisissant (puis au second et ainsi de suite) ou au premier opposant au paiement du prix auprès de l'assurance (puis au second et ainsi de suite). Il est possible qu'une loi nationale consacre d'autres privilèges mobiliers spéciaux : les règles seront les mêmes.

7. Septième rang : les créanciers titulaires d'un privilège général non soumis à publicité

118. Les créanciers placés à ce rang sont soumis aux mêmes règles, en tous points, que celles prévues pour eux en matière immobilière.

8. Huitième rang : les créanciers chirographaires

119. Les créanciers chirographaires ne participent à la distribution en matière mobilière qu'à condition d'avoir un titre exécutoire et de participer à la procédure de distribution par le moyen d'une saisie ou d'une opposition. En cas d'insuffisance de deniers pour les désintéresser tous, il est procédé à une distribution entre eux au marc le franc.