

UNIVERSITÉ CHEIKH ANTA DIOP DE DAKAR



ÉCOLE DOCTORALE « SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ECONOMIQUES ET DE GESTION »



FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES

Année : 2019

N° d'ordre :

THESE DE DOCTORAT

Formation Doctorale : Droit de l'Entreprise

Présentée par : Dramane Aguibou COULIBALY

TITRE : L'efficacité des sûretés réelles dans les procédures collectives OHADA

Soutenue le 01 /07/ 2019 devant le jury composé de :

- Président :** **M. Isaac Yankhoba N'DIAYE**, Agrégé des facultés de droit, Professeur Titulaire, Ancien doyen de la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- Rapporteurs :** **Mme Aminata CISSE NIANG**, Agrégée des facultés de droit, Maître de conférences à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université cheikh Anta Diop de Dakar
- Mme Nathalie BLANC**, Agrégée des facultés de droit, Professeur à l'Université Paris 13
- M. Patrice Samuel Aristide BADJI**, Agrégé des facultés de droit, Maître de conférences à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université Cheikh Anta Diop de Dakar.
- Directeur de thèse :** **M. Alassane KANTE**, Maître de conférences HDR à la faculté des sciences juridiques et politiques de L'Université Cheikh Anta Diop de Dakar
- Codirecteur de thèse :** **Mme Yvette Rachel KALIEU ELONGO**, Agrégée des facultés de droit, Maître de Conférences, Vice doyenne à la faculté des sciences juridiques et politiques de l'Université de Dschang/CAMEROUN

**L'Université Cheikh Anta DIOP n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme
propres à leurs auteurs.**

DEDICACE

A la mémoire de ma mère GONSOGO Saly.

REMERCIEMENTS

- Mes remerciements vont d'abord à l'endroit de mes directeurs de Thèse, monsieur Alassane KANTE et madame Yvette Rachel KALIEU ELONGO pour leur disponibilité constante. Malgré leurs différentes et lourdes occupations, nous avons bénéficié de leurs sages conseils et de leur sollicitude ;

Profonde gratitude.

- Mes remerciements sont ensuite adressés à mesdames les professeures Aminata CISSE NIANG, Nathalie BLANC et à monsieur le professeur Patrice Samuel Aristide BADJI qui, nonobstant leurs multiples occupations, ont accepté de siéger dans ce jury.
- Enfin, sont remerciés les professeurs Philippe Roussel GALLE et Aziz DIOUF pour m'avoir facilité l'accès à la documentation, le docteur Mamadou GUISSSE pour avoir consacré son temps afin de me lire et d'apporter ses observations, ainsi qu'au Rectorat de l'Université des Sciences Juridiques et Politiques de Bamako pour son soutien dans le cadre de cette soutenance.

ABREVIATIONS

Act. proc. Coll	Actualité des procédures collectives
AGS	Association pour la garantie des salaires ou Assurance générale des salaires
ANRT	Atelier National de Reproduction des Thèses
AUDCG	Acte uniforme portant droit commercial général
AUSC GIE	Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPR	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif révisé
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUSR	Acronyme désignant l'Acte uniforme révisé portant organisation des sûretés en droit OHADA
C.A	Cour d'appel
C. civ	Code civil
Cah. dr entr	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. Civ	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Soc	Chambre sociale de la Cour de cassation
CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
Coll	Collection
COCC	Code sénégalais des obligations civiles et commerciales
C.S	Cour suprême

D	Recueil Dalloz
E.R.SU.MA	Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature
Ed	Edition
Ibid	Ibidem
JCP N	JurisClasseur Périodique Notariale et Immobilière
JCP G	JurisClasseur Périodique Générale
JCP E	JurisClasseur Périodique Entreprise et Affaires
JurisData	Banque de données juridiques Editions-Techniques- Gazette du Palais
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NENA	Nouvelles Editions Numériques Africaines
Obs	Observation
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
Ohadata	Banque de données de la jurisprudence de l'OHADA
OCAM	Organisation Commune Africaine Malgache et Mauricienne
Op cit	<i>Opere citato</i>
Ord	Ordonnance
Pénant	Revue Trimestrielle de Droit Africain
PUA	Presse Universitaire d'Afrique
PUF	Presse Universitaire de France
RCCM	Registre du Commerce et du Crédit Mobilier
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
RTD Civ	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD Com	Revue Trimestrielle de Droit Commercial

RDT	Revue de Droit du Travail
Rép Civ	Répertoire de droit civil
Rép Com	Répertoire de droit commercial
Rép immo	Répertoire de droit immobilier
Rép interna	Répertoire de droit international
Rép société	Répertoire de droit des sociétés
Rép Trav	Répertoire de droit du travail
Rev	Revue
Rev proc coll	Revue des procédures collectives
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier
SJ	La Semaine Juridique ou JurisClasseur Périodique
S	Suivant
TFSA	Transfert fiduciaire de somme d'argent
TGI	Tribunal de Grande Instance
TPI	Tribunal de Première Instance
TI	Tribunal d'Instance
TRHC	. Tribunal régional hors classe
TPI	Tribunal de première instance
Trib Com	Tribunal de commerce
UEMOA	Union Economique Monétaire Ouest-Africaine
V	Voir

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	1
Première partie : L'existence des mécanismes de paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives	21
Titre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques.....	23
Chapitre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques dans les procédures concordataires.....	24
Chapitre II : La protection hors concordat	59
Conclusion du titre I	90
Titre II : La protection des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles	91
Chapitre I : L'opposabilité des droits des créanciers propriétaires à la procédure collective	92
Chapitre II : L'opposabilité des droits des créanciers rétenteurs à la procédure collective	127
Conclusion du titre II	160
Conclusion de la Première partie	162
Seconde partie: L'atteinte au paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives	164
Titre I : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques.....	165
Chapitre I : La primauté des créanciers antérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles	166
Chapitre II : La primauté des créanciers postérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles	201
Conclusion du titre I	238
Titre II : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles	239
Chapitre I : Les restrictions aux droits des créanciers propriétaires	240
Chapitre II : Les restrictions aux droits des créanciers rétenteurs	275
Conclusion du titre II	306
Conclusion de la Seconde partie	307
BIBLIOGRAPHIE	312

INTRODUCTION

« Sans sûretés, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne¹ »

Depuis plus de deux siècles, les économistes s'interrogent sur les causes de la croissance et les juristes, un cadre juridique adéquat. Pour les premiers, c'est l'entreprise qui est à la base de la croissance et donc du développement économique. Et c'est celle-ci que le législateur tente de protéger. Les raisons de cette protection ne sont plus à évoquer, car l'entreprise est un moyen de production des biens et des services et donc, un outil de travail, dont la survie relève des questions d'intérêts généraux. Elle sert à garantir le tissu social. Or, quelle que soit sa taille, sa forme, ou son importance, l'entreprise n'est jamais à l'abri des difficultés économiques ou financières pouvant entraîner sa ruine. Cette situation ne pouvait laisser le législateur indifférent. Ainsi, le droit des entreprises en difficulté, en l'occurrence, celui des procédures collectives venait de voir le jour avec comme objectif principal de redresser les entreprises viables et apurer leurs passifs.

Une telle situation n'est pas sans impact sur les créanciers du débiteur en difficulté qui aspirent au paiement et cela, indifféremment de leur statut. Les créanciers chirographaires et même ceux munis de sûretés vont se retrouver dans un état d'incertitude relativement à leur paiement, parce qu'il est très difficile de redresser une entreprise sans demander ou imposer des sacrifices à ses créanciers. Et d'ailleurs, la seule chose qui peut mettre en mal les droits du titulaire de sûreté réelle demeure, principalement l'admission de son débiteur à la procédure collective. Néanmoins, les créances assorties de garanties ont vu leur régime renforcé.

En effet, la réforme du droit des sûretés intervenue en 2010² et entrée en vigueur le 15 mai 2011 avait comme objectif principal de renforcer le droit des titulaires de garanties. C'est ainsi que des innovations et améliorations leur ont été apportées. Celles-ci diffèrent selon qu'il s'agisse des sûretés personnelles ou réelles. C'est justement ces dernières qui nous intéressent dans le cadre de ce travail, leur régime juridique a subi de profondes modifications et renferme des sous-rubriques qui peuvent se résumer en deux conformément à la division binaire des biens.

¹ AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll. « Droit civil », 9^{ème} éd., 2015 p. 13, n°1.

² Plus précisément le 15 décembre 2010.

En ce qui concerne la première, notamment, les sûretés mobilières, nous avons assisté à la consécration de nouvelles garanties fondées sur la propriété. Il s'agit de la propriété réservée ou cédée à titre de garantie. De même, l'assimilation du droit de rétention au gage a été corrigée. La distinction entre gagiste et nanti est fondée maintenant sur la nature du bien (corporel ou incorporel). Le premier renvoie au gage et le second au nantissement. Quant aux sûretés immobilières, seule l'hypothèque a été consacrée avec la possibilité d'hypothéquer un immeuble futur. Une autre grande innovation a été l'introduction de l'attribution conventionnelle ou pacte comissoire qui est étendue à toutes les sûretés réelles classiques. Ce renforcement du droit des bénéficiaires de garanties réelles constitue un témoignage de la volonté du législateur communautaire de protéger les titulaires de ces sûretés contre l'impayé. C'est dans ce cadre qu'on parlera d'efficacité des sûretés qui n'est mesurable surtout que dans les procédures collectives. Avec la réforme de ce droit, le 10 septembre 2015, il est paru intéressant de se pencher sur cette question. C'est d'ailleurs pourquoi, nous nous sommes intéressés à son étude, d'où une réflexion sur ce sujet intitulé : l'efficacité des sûretés réelles dans les procédures collectives OHADA.

Tantôt utilisées au pluriel, les procédures collectives stricto sensu désignent l'état du débiteur qui est en cessation des paiements c'est-à-dire qui est dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Elle peut aussi être appréhendée comme une action en justice qui place toute personne physique ou morale de droit privé exerçant une activité économique et se trouvant en cessation des paiements ou menacée par la cessation des paiements, sous le contrôle de la justice en la faisant bénéficier de la suspension des poursuites³. C'est cette cessation des paiements qui déclenche les procédures collectives, notamment, le redressement judiciaire et la liquidation des biens. La première est définie comme étant *la procédure collective destinée au sauvetage de l'entreprise débitrice en cessation des paiements et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement*⁴. Mais, le droit rénové a consacré une autre forme de redressement judiciaire, à savoir, le redressement judiciaire simplifié qui est défini comme *la procédure de redressement judiciaire accélérée applicable aux petites entreprises*. Quelle que soit la forme du redressement, il intervient lorsque la situation du débiteur n'est pas irrémédiablement compromise. Quant à la seconde, notamment, la liquidation des biens, elle est *la procédure collective destinée à la réalisation de l'actif de*

³ SALEY SIDIBE (H.), *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, ANRT, www.diffusiontheses.fr, p. 1, n°2.

⁴ V. KALIEU ELONGO (Y. R.), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016, p. 187.

*l'entreprise débitrice en cessation des paiements pour apurer son passif*⁵. Elle comprend aussi, une forme simplifiée qui est destinée aux petites entreprises. Les deux supposent que la situation du débiteur soit cette fois ci irrémédiablement compromise. Cependant, la notion de procédures collectives est beaucoup plus vaste et regroupe trois types de procédures : celle du règlement préventif, du redressement judiciaire et de la liquidation des biens⁶. Avec le nouvel Acte uniforme, un nouveau type a vu le jour, les complétant à quatre. Il s'agit de la procédure de conciliation prévue à l'art 1 al.1^{er} de l'AUPCR. Mais, le législateur en la nommant parle de *procédures préventives de conciliation et de règlement préventif*. Une telle formulation du législateur semble assez lourde. On aurait donc pu les appeler « les procédures préventives de règlement et de conciliation » pour faire l'économie d'une redondance. Néanmoins, pour accéder aux crédits, l'entreprise en difficulté a besoin de sûretés.

Le mot sûreté vient du latin *securitas* qui veut dire sécurité. Littéralement, il désigne la *qualité d'un objet ou situation qui offre des garanties, ménage une protection*⁷. Le plus souvent, elle est utilisée au pluriel et est liée au droit du crédit qui constitue le moteur du développement, car il est à la base de toute activité économique. Le terme crédit vient de « *credere* » qui signifie la confiance. Et c'est parce que, le créancier, en accordant son crédit au débiteur est confronté, dans le cadre du remboursement, au facteur temps qui peut être un blocage. C'est pourquoi, on estime que « *le crédit est l'échange du présent contre le futur* »⁸. Mais, l'élément de confiance qui fonde le crédit et qui doit être recherché dans la personne du débiteur, est maintenant extérieur à sa personne⁹. Pour retrouver cette confiance et pallier le risque temporel inhérent à l'octroi de crédit, le créancier fait recours à la sûreté. Elle a pour objet les mécanismes juridiques permettant à ce dernier de faire confiance au débiteur en lui donnant l'assurance qu'il serait payé à l'échéance. D'ailleurs, « *créancier* », « *confiance* », « *crédit* » tous ces mots ont une même racine¹⁰. Donc, les institutions qui rendent sûrs les rapports d'obligation sont appelées : les sûretés. Elles garantissent l'exécution future d'une obligation et sont indissociables de l'obligation de somme d'argent à terme. Elles peuvent mettre le créancier à l'abri de

⁵ V. KALIEU ELONGO (Y. R.), Op cit., p. 186.

⁶ KALIEU ELONGO (Y. R.), « Notion de procédures collectives » in POUGOUE (P. G), dir., *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy 2011, p.1247.

⁷ Petit Larousse, 2009, v. « sûreté ».

⁸ BOHOUSOU (K. S), Op cit., n°6.

⁹ V. KALIEU (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Th., Montpellier, 1995, n°3.

¹⁰ AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll. « Droit civil », 9^{ème} éd., 2015 p. 13, n°1.

l'insolvabilité, car, être débiteur n'est pas synonyme d'incapacité. L'intérêt des sûretés n'est donc plus à démontrer : « *sans sûreté, pas de crédit et sans crédits, pas d'économie moderne* ».

D'ailleurs, cet intérêt, des sûretés remonte loin dans l'histoire. En effet, depuis longtemps, les sûretés sont inévitables. Et même si, elles ne sont pas toujours les mêmes, aucun droit ne vit sans sûretés. L'histoire des obligations est toujours accompagnée par celle des sûretés. De ce fait, elles sont indispensables dans toutes les étapes de la vie économique, de la production à la consommation¹¹ en passant par la distribution. Néanmoins, la notion de sûreté a une signification diverse¹². En droit privé, elle signifie la garantie accordée au créancier pour le recouvrement de sa créance¹³, c'est-à-dire, les garanties que la convention, la loi ou le juge accordent au créancier pour le recouvrement de sa créance¹⁴. Cela n'est pas à confondre avec la notion de garantie qui est plus complexe et diverse. Ceci s'explique par le fait qu'elle s'étend à tous les mécanismes de sécurité des transactions, notamment, sans être exhaustif, à la solidarité, à la dation en paiement, à l'action oblique, à l'action directe, à l'action paulienne, à l'exception d'inexécution et à la compensation. Les premières ont une fonction juridique et économique, parce qu'elles garantissent au contrat sa force obligatoire et par la même occasion facilitent l'accès au crédit. Les secondes sont inhérentes au rapport d'obligation et permettent à leur bénéficiaire de se prémunir contre le risque d'impayé. Il s'agit des garanties *lato sensu*, par opposition à celles *stricto sensu* qui sont extérieures au rapport d'obligation et qui aboutissent à une prérogative supplémentaire. De même, la notion de sûreté n'est pas à confondre avec celle de priorité¹⁵.

Le législateur OHADA définit le terme sûreté en son article 1 comme : « *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, qu'elle que soit la nature juridique de celles-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant* ». Cependant, l'ancien Acte uniforme définissait les sûretés comme « les moyens accordés au créancier par la loi de chaque Etat partie ou la convention des parties pour garantir l'exécution des obligations,

¹¹ AYNES (L.), CROCQ (P.), Op cit., n°1.

¹² Par exemple en droit administratif, elle désigne l'ancienne direction du Ministère de l'intérieur, chargée de l'information et de la surveillance policière.

¹³ *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 21^{ème} éd., 2014. « V., Sûreté ».

¹⁴ Fiche d'orientation Dalloz, v. Sûreté, Consulté sur www.dalloz.fr, le 16 /08/ 2017.

¹⁵ V. Cass. com. 05 février 2002, pourvoi n°98-18.018, arrêt n°338 FS-P, RTD Com. 2002, p. 542, Obs. A. MARTIN-SERF.

quelle que soit la nature juridique de celles-ci¹⁶ ». On voit bien que le droit rénové apporte une restriction à leur domaine. Par la même occasion, après avoir maintenu la *summa divisio* de sûretés personnelles et réelles, il précise les droits dont bénéficient les titulaires de celles-ci. Malgré cet effort, la notion de sûreté reste sujette à polémique, parce qu'il est difficile de trouver une définition qui puisse s'adapter à la diversité des mécanismes qualifiés de sûreté. La preuve, la nouvelle définition ne tient pas compte de toutes les sûretés, notamment, le droit de rétention, les privilèges et même les sûretés-propriétés. C'est pourquoi, le législateur français, dans l'ordonnance de 2006 a préféré garder le silence¹⁷. Pourtant, un spécialiste¹⁸ du droit des sûretés a proposé une définition plus ou moins originale et qui est la suivante : « Une sûreté est l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »¹⁹. Il découle de cette définition que trois critères déterminent la sûreté : sa finalité : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ; son effet : la satisfaction du créancier et l'extinction de la créance ; sa technique : celle de l'accessoire dont l'intensité peut être variable²⁰. D'ailleurs, c'est cette définition qui a influencé le législateur africain. Une partie de la doctrine penche en faveur d'une approche conceptuelle de la sûreté et l'autre, pour une approche fonctionnelle²¹. Cette dernière pourrait nous intéresser dans le cadre de l'attractivité du droit des sûretés OHADA et, faciliter en même temps l'accès au crédit, à une bonne partie de la population²². Cette approche nous semble plus cohérente. Cependant, elle risque d'être la cause de l'inflation des sûretés. Néanmoins, entre deux maux, il faut choisir le moindre.

Dans le cadre de ce travail, nous allons nous intéresser surtout aux sûretés réelles²³ qui ont pour but l'affectation d'un ou plusieurs biens à la garantie de la créance²⁴. Elles sont le plus souvent

¹⁶ Art 1^{er} de l'ancien AUS .

¹⁷ Rép civ Dalloz, v. *Sûretés*, par D. LEGEAIS, 2016, n°7.

¹⁸ Il s'agit du professeur Pierre CROCQ.

¹⁹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Defrénois, Op cit., n°2.

²⁰ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Ibid.*, n°2.

²¹ BOHOUSSOU (K. S), *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, Th., Bordeaux, 2015, n°4.

²² V. BOHOUSSOU (K. S), *Ibid.*

²³ A propos des sûretés personnelles, v. KALIEU ELONGO (Y. R), *Les sûretés personnelles dans l'espace OHADA*, PUA, 2006.

²⁴ KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, PUA, Yaoundé, 2010, p. 07.

des droits réels accessoires à une créance. Mais, la notion d'accessoires est évolutive et mérite d'être précisée. Elle se rapporte aux garanties traditionnelles (privilège, hypothèque, gage et nantissement), notamment celles qui confèrent à leur bénéficiaire un droit de préférence par opposition aux droits réels principaux (propriété, usufruit, droit d'usage, servitude, emphytéose, droit de superficie) qui octroient un droit exclusif à leur titulaire. Donc, le droit réel est vidé de sa substance matérielle et il ne reste que ses attributs juridiques, en l'occurrence, le droit de préférence qui est lui-même garanti par le droit de suite. Avec la réforme du droit des sûretés, cette pratique n'est plus d'actualité. Le droit réel principal qui est, par excellence la propriété, a été introduite dans le domaine des sûretés réelles. Ainsi, le principal devient l'accessoire, c'est-à-dire utilisé pour garantir un lien d'obligation, une créance. Qu'il s'agisse d'un droit réel accessoire ou principal, la sûreté réelle porte nécessairement sur un bien ou des biens. Et d'ailleurs, elle est dite réelle, lorsque certains biens du débiteur, garantissent le paiement, de sorte que, en cas de défaillance, le produit de la vente de ces biens est remis au créancier²⁵. En pratique, les créanciers exigent plusieurs sûretés en garantie de leur dette. Malheureusement, le terme sûreté réelle n'est pas défini explicitement par le législateur africain de 2010, comparativement à l'ancien droit des sûretés. Cependant, la définition des sûretés réelles peut être aisément déduite de celle donnée par l'article 1^{er} ci-dessus, c'est à dire *l'affectation au bénéfice d'un créancier d'un bien, d'un ensemble de bien... afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligation....* Ce passage nous édifie clairement sur les sûretés réelles. Par ailleurs, précisons que, l'ancien AUS donnait une définition plus précise et claire de ces sûretés en ces termes : « *la sûreté réelle consiste dans le droit du créancier de se faire payer, par préférence, sur le prix de réalisation du bien meuble ou immeuble affecté à la garantie de l'obligation de son débiteur*²⁶ ». En résumé, nous pouvons dire que, l'ancien droit des garanties définissait la sûreté réelle à travers le droit de *préférence* et l'actuel, par le terme *affectation*. Toutefois, aucune de ces techniques ne permet de donner une définition qui prend en compte toutes les sûretés réelles. D'une part, le droit de préférence est inhérent à la sûreté réelle et ne saurait justifier sa définition. En plus, certaines d'entre elles, notamment les sûretés-propriétés ne confèrent pas un droit préférentiel mais un droit exclusif. Et d'autre part, le mécanisme de l'affectation exclut certaines garanties réelles, tels que, le droit de rétention, les privilèges. Le droit OHADA s'est inscrit dans cette diversité du droit français pourtant

²⁵ Lexique des Termes Juridiques, Dalloz, 21 éd. 2014.

²⁶ Art 2 al. 2 de l'AUS initial.

beaucoup critiqué par des organismes privés comme n'étant pas attractif²⁷. Il serait plus audacieux de donner une définition multiforme. C'est dans ce cadre, que nous pensons qu'il est préférable de définir la sûreté en tenant compte des attributs ou des avantages qu'elle confère. Cela passe nécessairement par une sélection. La sûreté réelle serait alors, « un droit exclusif ou préférentiel portant sur un bien ou un ensemble de biens, accordé au créancier afin de garantir l'exécution d'une obligation ou d'un ensemble d'obligations, quelle que soit la nature juridique de celle-ci et notamment qu'elles soient présentes ou futures, déterminées ou déterminables, conditionnelles ou inconditionnelles, et que leur montant soit fixe ou fluctuant ».

Resté silencieux sur ce terme, le législateur du droit rénové a procédé d'abord par la distinction, c'est-à-dire par l'assiette de la garantie, notamment meuble ou immeuble. C'est ainsi, qu'il procède à l'énumération des sûretés mobilières. Elles sont : *le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meuble corporel, le nantissement de meuble incorporel et les privilèges*²⁸. Ainsi, cinq sûretés mobilières sont consacrées en droit OHADA.

Après ces quelques précisions, il nous paraît à présent, opportun de définir les sûretés réelles retenues par le législateur communautaire africain.

A la tête de ces garanties mobilières, figure la « sûreté-reine » en l'occurrence le droit de rétention. Est-ce, une façon, pour le législateur de lui réserver une place de choix ? En tout cas, sa position peut nous permettre de le deviner ainsi. Dans tous les cas, il est à souligner que la réforme du droit des sûretés a beaucoup contribué à l'amélioration de son régime. Le droit de rétention n'est plus à assimiler au gage relativement à ses effets. Et, sa qualification de sûreté réelle ne souffre d'aucune contestation. Contrairement au législateur communautaire, celui français a eu du mal à trancher cette question. Ce qui fait que, bien qu'étant une sûreté, le droit de rétention n'est ni véritablement une sûreté personnelle, ni une sûreté réelle. Et, selon, le professeur LEGAIS, c'est en réalité un droit de nuire qui est confié à celui qui est en possession d'un bien²⁹. Ainsi, le droit de rétention se résume au droit de nuire. Cependant, cette question de la nature importe peu. Ce qui compte chez un créancier, c'est le paiement à l'échéance. Et pour ce faire, l'art 67 de l'AUS dispose que : « *le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'art 107*

²⁷ VERMEILLE (S.), BEZERT (A.), « L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives », D. 2014 p. 289, n°1.

²⁸ Art 50 de l'AUS en vigueur.

²⁹ Rép. Civ. Dalloz, v. *Sûretés*, par D. LEGAIS, 2016, n°19.

al. 2 du présent Acte uniforme » qui donne une définition plus claire mais plus restrictive du droit de rétention comparativement à l'ancien AUS³⁰. Le droit de rétention est ainsi limité aux meubles. Cette sûreté « archaïque » s'analyse en général, comme la faculté reconnue à un créancier détenteur d'un bien appartenant, en principe au débiteur, de refuser la restitution de cette chose tant qu'il n'aura pas reçu un paiement intégral. Il constitue à cet effet, l'un des moyens de coercition³¹. Il s'agit d'un moyen de pression plus efficace que l'astreinte. Instrument de prise d'otage du bien par le créancier, le droit de rétention par la gêne qu'il cause au débiteur, constitue une arme irréductible de paiement effectif.

Cependant, il ne suffit pas uniquement de détenir, la détention doit être légitime. En plus, il faut forcément un lien de connexité entre la créance et le bien retenu qui peut être conventionnelle, juridique ou matérielle.

Elle est dite conventionnelle, lorsque la chose objet de la rétention a été remise au créancier jusqu'au complet paiement de sa créance. Elle est juridique, lorsque la créance impayée résulte du contrat qui oblige le créancier à livrer la chose. Dans ce cas, la créance et la détention trouvent leur source dans un même rapport de droit, notamment, une même relation contractuelle. La matérialité de la connexité veut dire que la créance est née à l'occasion de la détention du bien³². Il s'agit généralement des créances relatives aux dépenses de conservation ou même d'amélioration de l'objet retenu, si ce dernier a causé au détenteur un dommage dont il demande réparation. Ce lien de connexité a été reconnu entre un commissionnaire agréé en douane et son client exportateur³³, ainsi qu'entre un banquier et un de ses clients qui s'est porté caution pour garantir les engagements d'un débiteur principal, lui-même client de ladite banque³⁴.

Force est de constater que cette exigence législative émane de la jurisprudence qui reconnaissait le droit de rétention à tous les créanciers qui pouvaient justifier l'existence d'une connexité

³⁰ L'art 41 de l'Acte uniforme ancien dispose que : « le créancier qui détient légitimement un bien du débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté ». On voit bien que non seulement le domaine du droit de rétention n'est pas limité mais aussi aucune restriction n'est apportée par rapport à un autre créancier comme c'est le cas avec le droit réformé qui prévoit l'art 107 al. 2, notamment le gagiste dont le droit est né et publié antérieurement.

³¹ ADJITA (A. W.), « Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (O.H.A.D.A) », Pénant n°844, Juil. - Sept. 2003, p. 279.

³² Cass. civ. 23- 04- 1974 : JCP G 1975. II. 18170, Obs. THUILLIER.

³³ CCJA, arrêt n°30, du 04/11/2004, Société GITMA c/ Société SAMEX, consulté sur www.institut-idef.org le 10 janvier 2018.

³⁴ C.A Abidjan, arrêt n°321, du 07/ 03/ 2000, D.D c/SGBCI, Ohada.com/ Ohadata J -02-130.

objective (matérielle), subjective ou intellectuelle (juridique)³⁵. Il est à souligner aussi qu'une telle connexité peut découler d'une simple relation d'affaire³⁶.

La créance du rétenteur doit être également certaine, liquide et exigible. Elle est dite certaine lorsqu'elle ne peut pas être contestée³⁷. La jurisprudence affirme que lorsque ces trois conditions sont réunies dans une vente de café, les documents établissant la quantité de café livrée par le créancier et le prix de l'unité de compte, ne peuvent être contredits par le débiteur³⁸. Donc, le créancier qui veut se prévaloir d'un droit de rétention doit justifier d'un titre de créance remplissant lesdites conditions. Néanmoins, ces trois critères n'ont pas d'impact sur le débiteur en difficulté. Le rétenteur bénéficie d'une exclusivité qui lui met à l'abri du concours avec les autres créanciers. Mais, le droit de rétention n'est pas la seule sûreté réelle qui aboutit à cette prérogative. Il y a aussi la garantie-propriété, c'est-à-dire, la propriété utilisée à titre de garantie.

Introduite en droit OHADA des sûretés, à travers la réforme de 2010, cette technique, contrairement au droit de rétention n'a pas fait l'objet de beaucoup de controverses. Elle était tout d'abord, organisée par le droit commercial général³⁹ avant de voir son introduction dans la « famille des sûretés ». Toutefois, sa consécration a tout de même bouleversé une règle fondamentale du droit des sûretés. Traditionnellement, c'est le droit réel accessoire qui était utilisé à titre de garantie. Mais, avec la propriété, nous assistons à une nouvelle donne, celle de l'entrée en jeu du droit réel principal dans la sphère des garanties, notamment des sûretés. Ainsi, la sûreté n'est plus forcément un accessoire. La faiblesse des uns fait la force des autres. L'inefficacité des sûretés réelles classiques a favorisé le recours des dispensateurs du crédit à des techniques qui reposent sur le droit exclusif au détriment d'un simple droit de préférence. Partant, la propriété devient l'un des seuls moyens de bord au service du développement du crédit. Ainsi, la propriété-sûreté renferme deux variantes, celle de la propriété réservée et celle de la propriété cédée à titre de garantie.

La première est connue sous le nom de : « clause de réserve de propriété » et est définie comme la clause qui subordonne le transfert de propriété de la chose à l'acquéreur, au paiement intégral

³⁵ OYONO (M.), *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA*, Th., Montpellier, Consulté le 24 août 2018 sur www.archives-ouvertes.fr, n°61.

³⁶ C.A Abidjan, arrêt n°321, du 07/03/2000, Ibid.

³⁷ Pour la certitude de la créance, v. CCJA, arrêt n°022/2007, du 31 mai 2007, Obs. J. ISSA-SAYEGH, in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd. 2016, p. 913.

³⁸ CCJA, arrêt n°017, du 27/06/2002, Société El Nasr Import-Export c/ Ali DARWICHE, Ohada.com/ Ohadata J-02-166.

³⁹ V. art 284 de l'ancien AUDCG et aussi, v. KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, Op cit., p. 192.

du prix⁴⁰. Il s'agit donc, d'une convention par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. C'est cette position qui est défendue par le législateur en ces termes : « *la propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie, par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ». Au regard de cette disposition, nous constatons que cette clause est limitée aux biens mobiliers et, donc, les biens immobiliers en sont exclus. Mais, bien qu'étendue en droit français à la vente immobilière, cette clause semble être beaucoup plus concurrencée par le crédit-bail immobilier qui est plus adapté dans ce domaine. De ce fait, la limitation du droit OHADA est compréhensible. Néanmoins, elle demeure, une atteinte à la liberté contractuelle.

La clause de réserve de propriété est usitée très généralement dans les contrats de vente. Toutefois, elle peut l'être dans n'importe quel contrat à titre onéreux ayant un effet translatif y compris, le contrat d'entreprise⁴¹. La clause de réserve de propriété intervient dans le cadre de la sécurisation de la transaction par le contrat. Elle n'est pas la seule dans ce domaine et notamment dans le commerce international. Il y a aussi, sans être exhaustif, la clause d'exécution de bonne foi qui est avant tout, une pratique anglo-saxonne⁴², de non-renonciation, de prescription et de forclusion, de compensation, de propriété intellectuelle, d'acquisition de la propriété (*vesting clause*), de restitution et les clauses relatives à la charge des risques. Toutes, ont pour vocation, d'intervenir, en vue de sécuriser les opérations commerciales. Cependant, la clause la plus fréquente dans la vente de marchandises reste toujours celle de réserve de propriété. Par cette clause, le vendeur stipule que la propriété du bien ne sera transférée à l'acheteur qu'au moment du paiement intégral. C'est une technique dérogatoire à la règle selon laquelle l'accord sur la chose et le prix suffit à opérer le transfert de propriété et cela même si le prix n'a pas encore été payé. En droit anglais, elle est connue sous le nom de « *retention of title clause* ». En pratique, celle-ci est appelée *ROT clause* ou encore *Romalpa clause* et vise les mêmes utilités que celle de droit romano germanique, en l'occurrence, le droit français, allemand et OHADA. Bien que, l'acheteur soit en possession de la marchandise, il ne devient propriétaire qu'avec le paiement au complet⁴³.

⁴⁰ KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, Op cit., p. 191.

⁴¹ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll., Op cit., n°800.

⁴² Cela s'explique par le fait que, le droit anglo-saxon ne connaît pas comme en droit français et allemand un principe affirmé de bonne foi, même si récemment, on assiste à une amorce d'une évolution par la consécration de l'obligation d'agir de bonne foi en matière contractuelle. A ce propos, v. TESTU (Fr. X.), *Contrats d'affaires*, D. Réf., 2010, n° 51.01.

⁴³ V. TESTU (Fr. X.), Op cit., n°56.11.

Ceci étant, la propriété du bien peut être cédée à titre de garantie et confère également un droit exclusif. Deux techniques juridiques permettent de transférer à un créancier un droit de propriété non pas définitif, mais dépendant du remboursement de la dette principale. La première ayant souvent été utilisée parce que la validité de la seconde n'était pas encore certaine. Il s'agit de la vente avec faculté de rachat et de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie. Même si c'est la dernière qui nous intéresse, il n'est pas inutile de rappeler la définition de la première. En effet, *la faculté de rachat est un acte par lequel le vendeur se réserve de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal*⁴⁴. La vente avec faculté de rachat jadis appelée « vente à réméré » sert d'instrument de crédit. En ce sens que, l'emprunteur transmet au prêteur la propriété de son bien afin de garantir sa dette. Cette pratique a été abandonnée au profit de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie.

Conformément à la disposition de l'art 79 de l'AUS, la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes. A cet effet, deux hypothèses sont possibles : la cession de créance à titre de garantie et le transfert fiduciaire de somme d'argent.

L'AUS dans ses dispositions⁴⁵organise la première, notamment, la cession de créance en empruntant au dispositif français des cessions de Bordereaux Dailly régies par les articles L 313-23 du Code monétaire et financier. *La cession peut donc porter sur des créances même non professionnelles et même si le cédant et le débiteur cédé sont des personnes physiques*. Par contre, *l'acceptation de la créance n'est possible que dans la mesure où le débiteur de la créance cédée est un débiteur professionnel* au sens de l'AUS⁴⁶. Elle ne peut être consentie qu'au profit d'un établissement de crédit, personne morale nationale ou étrangère. Une incessibilité conventionnelle de la créance cédée peut être opposée au cessionnaire par le débiteur cédé, sauf si, la créance est née, en raison de l'exercice de la profession du débiteur cédé, ou se trouve en rapport direct avec une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale. La cession doit être constatée par écrit mentionnant, à peine de nullité, le cédant, le cessionnaire, la date de cession, la ou les créances garanties, et la ou les créances cédées à titre de garantie. Un constat s'impose après l'analyse des sept articles règlementant cette cession. Il s'agit de l'absence de définition de ce mécanisme par le législateur. Toutefois, selon le vocabulaire juridique, la cession de créance est la *convention, en vertu de laquelle, le*

⁴⁴ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll., Op cit., n°761 s.

⁴⁵ Art 80 à 86 de l'AUS.

⁴⁶ Art 3 de l'AUS.

créancier cédant transmet à un tiers, cessionnaire, sa créance contre le débiteur et dont l'opposabilité aux tiers est subordonnée à diverses formalités. Bien qu'il s'agisse d'une cession de droit commun⁴⁷, celle-ci sert de prémisse pour celle à titre de garantie. Et d'ailleurs, c'est la volonté des parties qui doit prévaloir. Malheureusement, la jurisprudence a eu à méconnaître cette volonté en disqualifiant la cession de créance à titre de garantie en nantissement de créance⁴⁸. Mais, il faut reconnaître que la cession de créance à titre de garantie est une opération intelligente⁴⁹ laissée aux « esprits avertis ».

En plus, le mécanisme du transfert de propriété à titre de garantie s'étend au transfert fiduciaire de somme d'argent. Cette sûreté est réglementée par les articles 87 à 91 de l'AUS. Elle est définie comme « *la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation* ». Inconnu dans l'espace OHADA, le Tfsa vient de faire son apparition. Il est une sûreté *transférant la propriété des fonds affectés en garantie au créancier bénéficiaire*. Soulignons que *les fonds transférés doivent être inscrits dans un compte bloqué et non pas au nom du constituant, mais du créancier*. Ceci permet de palier les soupçons d'éventuel retrait par le constituant.

Ces sûretés confèrent un droit exclusif à leur bénéficiaire et forment, à cet effet, le groupe des sûretés réelles exclusives. A côté de celles-ci, existent des sûretés réelles préférentielles qui sont également appelées : les sûretés réelles traditionnelles ou classiques, parmi lesquelles, nous avons le gage, le nantissement et l'hypothèque. Leur étude se fera tour à tour.

Depuis la réforme du Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006, le gage est devenu une sûreté portant sur un meuble corporel, qui est rendu opposable, soit par l'inscription ou par la remise du bien grevé au créancier. En droit OHADA, avant la réforme, le gage était 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*⁵⁰. Donc, il s'agissait d'un contrat réel qui se forme par la remise⁵¹ de la chose. Cependant, le droit réformé a mis fin à cette pratique. Depuis, le gage est devenu, *un contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles*

⁴⁷ Par opposition à la cession Dailly qui est admise spécialement à titre de garantie en France.

⁴⁸ Cass. com. du 19-12- 2006, arrêt n°05-16.395 (n°1500 FS-P+B+R+I), D. 2007, p. 344, Obs. C. LARROUMET.

⁴⁹ AYNES (L.), « La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? », D. 2007, p. 961, n°1.

⁵⁰ V. art 44 de l'ancien AUS.

⁵¹ V. art 44 de l'ancien AUS ; v. SOW (O.), *La sécurisation des engagements bancaires dans les Etats-parties au Traité de l'OHADA*, NENA, 2010, p. 247.

*corporels présents ou futurs*⁵². A la différence de l'ancien AUS, l'Acte rénové parle de préférence. Ainsi, le gage est défini par l'un de ses attributs juridiques, en l'occurrence le droit de préférence. La dépossession qui était la condition de formation de la sûreté et qui donnait naissance à deux formes de garanties, le gage en matière mobilière et l'antichrèse dans le domaine immobilier, est devenue facultative. L'antichrèse a été abandonnée au profit du gage immobilier qui n'a pas été consacré par le législateur qui s'est limité à la division binaire des biens, notamment, meuble et immeuble pour restreindre le gage au premier type. Malgré tout, une bonne partie des meubles échappe au domaine du gage. C'est le cas des meubles incorporels qui font l'objet de nantissement.

Le nantissement jadis définit en droit français comme étant « un contrat par lequel le débiteur remet une chose à un créancier pour sûreté de la dette » était subdivisé en deux catégories, le gage et l'antichrèse, selon que leur objet était mobilier ou immobilier⁵³. On voit bien qu'il englobait toutes les sûretés réelles conventionnelles classiques. Et, comme la temporalité ne laisse rien indifférente, avec l'évolution de la société et celle de la notion de bien, cette sûreté a vu son champ réduit. Il ne concerne plus qu'une partie des biens mobiliers, notamment, ceux incorporels qui occupent une place de choix actuellement. Aujourd'hui, ceux-ci tendent à constituer la part la plus importante de l'actif d'une entreprise⁵⁴. Sur cette base, on peut donc, définir le nantissement comme étant *l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables. Il est conventionnel ou judiciaire*. Cette définition qui découle des dispositions de l'art 125 de l'AUS rénové est l'emprunt de l'art 2355 du Code civil français issu de la réforme de 2006. La technique de l'affectation est devenue la seule référence en matière de définition et même de constitution des sûretés réelles. Par contre, l'ancien AUS définissait le nantissement à travers la non-dépossession⁵⁵. Ainsi, le gage portait sur les biens mobiliers susceptibles de dépossession. Cependant, la sûreté mobilière n'est pas que contractuelle, elle peut aussi être légale. C'est le cas des privilèges qui peuvent être définis comme un droit préférentiel donné à un créancier sur d'autres créanciers. Il s'agit d'une sûreté réelle sans dépossession d'origine

⁵² V. art 92 de l'AUS qui est inspiré de l'art 2333 du Code civil français avec l'ordonnance de 2006.

⁵³ Rép. civ. Dalloz, v. *Nantissement* par P. CROCQ, 2008, n°1 ; du même auteur, v. Rép. civ. Dalloz, v. *Gage*, 2017, n°02.

⁵⁴ BUI (D. G.), *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, Th., Paris, 2014, n°1.

⁵⁵ A cet effet, l'art 63 de l'ancien AUS dispose que « Peuvent être nantis, sans dépossession du débiteur : les droits d'associés et valeurs mobilières ; le fonds de commerce ; le matériel professionnel ; les véhicules automobiles ; les stocks de matières premières et de marchandises ».

légale, en conformité avec l'adage « pas de privilège sans texte ». Il est rattaché à la qualité de la créance. Les privilèges bénéficient, soit aux créanciers privés dont les créances sont modiques mais dignes d'intérêt pour des raisons de dignité humaine ou de justice sociale, soit aux créanciers publics : trésor, sécurité sociale et ce, pour des raisons d'intérêt général⁵⁶. Avec la réforme du droit des procédures collectives, des nouveaux privilèges ont vu le jour. Ce qu'il faut retenir et qui est déterminant dans l'octroi de ces privilèges c'est le critère d'utilité ou de finalité de la créance. C'est pourquoi, les privilèges d'argent frais ont pour but, dans les procédures préventives, d'éviter la cessation des paiements et dans les procédures curatives, la liquidation des biens de l'entreprise débitrice. Il porte sur un bien ou un ensemble de biens du débiteur et confère au créancier un droit de préférence. Il prend naissance en même temps que la créance garantie. Il est, en principe occulte⁵⁷. Néanmoins, certains font l'objet de publicité⁵⁸. Les privilèges, en fonction de leur assiette, peuvent porter sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers. Dans ce cas, on parle de privilèges « pleinement généraux » ou sur les biens meubles se trouvant dans le patrimoine du débiteur, en conformité avec le principe de l'insaisissabilité. Le droit communautaire africain distingue fondamentalement les privilèges généraux⁵⁹ qui portent sur l'ensemble de l'actif mobilier et immobilier du débiteur et les privilèges spéciaux⁶⁰ qui sont essentiellement mobiliers et portent sur un meuble ou un ensemble de meubles déterminés. L'absence de privilège spécial immobilier se justifie par la consécration de l'hypothèque forcée légale et cela depuis les décrets fonciers de l'époque coloniale⁶¹. Leur préférence s'exerce conformément aux dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPC et dans le cadre d'un débiteur *in bonis* par les arts 225 et 226 de l'AUS. Lesdits privilèges ne confèrent pas un droit de suite par respect au principe « en fait de meuble,

⁵⁶ KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, P.U.A, 2010, p. 153.

⁵⁷ Selon l'art 180 de l'AUS et sans être exhaustif, les créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale sont privilégiées sans exigence de publicité préalable pour la somme fixée par chaque Etat pour l'exécution provisoire des décisions de justice.

⁵⁸ Certaines créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale paraissaient exorbitantes et de ce fait préjudiciaient les autres créanciers du débiteur. Donc, pour l'information de ceux-ci, le législateur a imposé à titre d'information la publicité des créances dont le montant est supérieur à celui indiqué à l'art 180 5° et 6° de l'AUS.

⁵⁹ Les privilèges généraux sont au nombre de six. Il s'agit : du privilège des frais d'inhumation, des frais de dernière maladie, des fournitures de subsistance, des salaires, des droits d'auteurs, des créances fiscales, douanières et de la sécurité sociale. Avec la réforme du droit de la faillite OHADA, un nouveau privilège général a vu le jour portant le nombre à sept. Ce privilège dit de new money ou de fresh money est composé de celui de la conciliation et procédure.

⁶⁰ L'AUS prévoit sept privilèges spéciaux : le privilège du vendeur de meuble, du bailleur d'immeuble, du transporteur, de l'auxiliaire salarié, des travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux, du commissionnaire et des frais de conservation.

⁶¹ V. ISSA-SAYEGH (J.), *Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd. 2016, p. 947.

possession vaut titre ». Néanmoins, ce droit de suite est accordé en matière immobilière au créancier hypothécaire.

En effet, l'actif immobilier peut être grevé sous forme d'affectation en garantie d'une ou de plusieurs créances. On parle de ce fait d'hypothèque, notamment de sûreté réelle immobilière qui a été consacrée en Afrique francophone par des décrets fonciers qui traitaient non seulement des droits réels immobiliers mais aussi de la publicité foncière. Il s'agit : du décret du 28 mars 1899, modifié par le décret du 12 décembre 1920, applicable au Congo, au Gabon, au Tchad et en Centrafrique ; du décret du 24 juillet 1906 applicable au Togo ; du décret du 26 juillet 1932 applicable au Mali, au Sénégal, à la Mauritanie, à la Guinée Conakry, au Burkina Faso, au Niger, au Bénin et à la Côte d'Ivoire et enfin du décret du 21 juillet 1932 applicable au Cameroun⁶². Ces différents décrets avaient presque les mêmes dispositions. C'est ce qui a d'ailleurs facilité, l'harmonisation du droit immobilier dans ces pays.

Par ailleurs, l'hypothèque est la sûreté portant sur un immeuble. Cependant, certains meubles font l'objet d'hypothèque. Il s'agit des navires (hypothèques maritimes), des bateaux (hypothèques fluviales), des aéronefs (hypothèques aériennes). Cet état de fait s'explique par le fait que, malgré leur fixité, on peut les assimiler aux immeubles et leur appliquer le régime de ces derniers⁶³.

Pour le vocabulaire juridique⁶⁴, l'hypothèque est un *droit réel portant sur un immeuble affecté à l'acquittement d'une obligation ou plus précisément une sûreté réelle immobilière constituée sans dépossession du débiteur, par une convention, la loi ou une décision de justice, et en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire a la faculté de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve (droit de suite) et d'être payé par préférence sur le prix (droit de préférence)*. De cette définition découle les attributs juridiques du droit réel, en l'occurrence, le droit de suite et de préférence. Le législateur africain⁶⁵ l'a défini à l'art 190 de l'AUS révisé comme étant *l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables*. Ainsi, la technique de l'affectation est maintenue pour la constitution de cette sûreté tout en soulignant que

⁶² ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés in *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd. 2016, p. 950.

⁶³ V. KALIEU ELONGO (Y.), *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA*, Op cit., p. 17.

⁶⁴ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op cit., v. Hypothèque.

⁶⁵ L'emploi de ce terme désigne le législateur OHADA.

l'immeuble devrait appartenir au constituant. En revanche, il est aussi possible d'hypothéquer les biens immobiliers bâtis sur des fonds appartenant à autrui⁶⁶.

Elle est la seule sûreté immobilière consacrée par le législateur OHADA et se caractérise par l'absence de dépossession contrairement à l'antichrèse qui suppose la dépossession. Cette dernière sûreté a été renommée en 2009 pour devenir le gage immobilier⁶⁷. L'hypothèque est la sûreté la plus pratiquée. D'ailleurs, elle a été considérée comme la « reine des sûretés »⁶⁸. Son intérêt s'explique par diverses raisons : d'une part, les parties trouvent leur compte, d'autre part, les intérêts des tiers sont pris en compte par sa publicité. Mais, le titulaire d'un fonds, pour pouvoir le grever, doit forcément avoir un titre foncier. Ainsi, bien que tous les droits réels immobiliers soient susceptibles d'hypothèque, ils doivent obligatoirement être inscrits selon les règles de l'Etat partie.

L'hypothèque est soit conventionnelle, soit forcée (légale ou judiciaire). La première signifie qu'elle est constituée par acte authentique entre le débiteur (constituant), propriétaire du bien grevé ou titulaire d'un droit réel susceptible d'hypothèque et le créancier hypothécaire ou bénéficiaire. Néanmoins, pour faciliter le recours à cette pratique, l'acte sous seing privé devrait être admis comme en matière de constitution de société. Quant à la seconde, elle naît en l'absence de toute volonté. Ce qui fait qu'à la base de celle-ci, existe une obligation légale ou judiciaire. Cependant, pour être à l'abri de l'insolvabilité du débiteur, le titulaire de sûreté doit forcément, être muni d'une sûreté efficace.

L'efficacité qui constitue le terme essentiel de ce travail est difficile à cerner et reste sujette à controverse. Elle est définie par le dictionnaire Le Petit Larousse⁶⁹ comme étant la qualité d'une chose, d'une personne efficace. Le mot efficace tire son étymologie du latin *efficax* qui signifie : « qui produit l'effet attendu ⁷⁰ ». La doctrine est profondément divisée sur sa définition. Une partie⁷¹ estime qu'il s'agit d'un concept économique. L'autre⁷², affirme que l'efficacité « mesure l'écart entre l'objectif poursuivi par une règle de droit et le résultat obtenu ». Ainsi, elle se différencie de l'effectivité qui « mesure l'écart entre la règle posée et les comportements

⁶⁶ V. art 203 3° de l'AUS.

⁶⁷ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll., Op cit., n°630.

⁶⁸ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Ibid.*

⁶⁹ Petit Larousse, 2009, v. « efficacité ».

⁷⁰ Petit Larousse, 2009, v. « efficace ».

⁷¹ BOHOUSSOU (K. S), *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, Th., Bordeaux, 2015, n°13.

⁷² V. KALIEU ELONGO (Y. R), « Réflexion à partir du droit des entreprises en difficulté », in *Droit et attractivité économique : le cas de l'OHADA* « Travaux de l'association pour l'efficacité du Droit et de la Justice dans l'espace OHADA (AEDJ) », ss dir. L. CADIET, IRIS éd., p. 92.

suivis ». D'ailleurs, sur cette dernière question, il est clair que l'excellence des lois ne serait que littérature, en l'absence d'hommes et de femmes pour leur donner vie⁷³.

Le vocabulaire juridique nous renseigne que l'effectivité est le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu. Un rapprochement terminologique peut nous servir à établir la nuance entre l'efficacité et l'effectivité. La première qui constitue le fil conducteur même de notre réflexion, s'explique par l'adjectif « efficace » qui veut dire « qui produit l'effet attendu », quant à l'effectivité, elle se définit par l'expression, « qui produit l'effet voulu ». Entre effet attendu et effet voulu, la différence est claire, car ce qui est voulu peut ne pas être attendu.

Le dictionnaire⁷⁴ encyclopédique de théorie et de sociologie du droit décrit l'efficacité comme étant « *le mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent* ». De cette définition, découle une règle fondamentale, celle de la finalité de la règle de droit. Cet état de fait nous amène à la raison d'être de la sûreté. Or, celle-ci s'inscrit essentiellement dans la satisfaction du créancier bénéficiaire en présence d'un débiteur défaillant. Tel est l'objectif poursuivi par le droit des sûretés.

Et, c'est dans le cadre de la recherche de cet objet qu'une étude sur l'efficacité des règles juridiques est nécessaire. Mais, il est difficile, voire impossible de réaliser cette mission en faisant abstraction de l'évaluation du degré d'utilisation desdites règles. C'est dans ce cadre qu'intervient l'effectivité. C'est pourquoi, un auteur⁷⁵ résume l'efficacité de la manière suivante : « *l'auteur de la norme juridique poursuit un dessein et, pour atteindre son objectif, il choisit un moyen* ». Dès lors, une mesure ultérieure de l'effectivité de cette norme consistera à « *évaluer le degré d'utilisation réelle du moyen* » et celle de son efficacité, « *le degré de réalisation de l'objectif* ». Dans cette vision de l'efficacité, on se rend compte que l'objectif visé peut ne pas être la satisfaction d'un « égo », puisque, l'auteur de la norme juridique, en l'occurrence, le législateur vise non seulement la sécurisation des intérêts du créancier mais aussi de ceux du débiteur et même des tiers. Ainsi, la notion d'efficacité doit être analysée à tous les égards, sans considération sélective. L'efficacité serait alors, toutes les mesures nécessaires permettant à la norme de produire l'effet recherché.

⁷³ V. CHAPUT (Y.), « Le droit des entreprises en difficulté n'est-il pas un droit tout d'exécution ? », RPC n°04, Juill. 2014, Dossier 41, n°16.

⁷⁴ BOHOUSOU (K. S), *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, Op cit., n°15.

⁷⁵ V. BOHOUSOU (K. S), Ibid., n°15.

Donc, une étude sur l'efficacité passe nécessairement par celle de la raison d'être de la norme juridique, notamment, le *ratio legis* ou de son objectif. La tendance actuelle du droit est tournée vers cet état de fait. Il s'agit de mettre le droit au service de l'économie. D'ailleurs, le rapport⁷⁶ de l'audit préalable de l'application de l'ancien AUPC dirigé par le professeur SAWADOGO qui a abouti, à la révision du droit des procédures collectives avait comme objectif, l'analyse économique du droit. Cette théorie est née aux Etats-Unis dans les années soixante et consiste à appliquer les instruments économiques au droit avec la perspective de créer la richesse ou la valeur au bénéfice des personnes. L'attrait de l'analyse économique du droit, consiste en son aptitude à renforcer la doctrine juridique traditionnelle en fournissant aux juristes, une méthode pour repenser le rôle des institutions juridiques et mettre en relief les conséquences économiques de celles-ci⁷⁷. Et, d'après monsieur SAWADOGO, cette analyse se concentre sur l'efficacité de l'application des normes juridiques, des réglementations et d'autres sources du droit afin d'atteindre les objectifs économiques et sociaux fixés par les pouvoirs publics⁷⁸. On voit bien que l'efficacité se résume à l'atteinte d'un objectif, d'un but. Ainsi, une réflexion sur l'efficacité équivaut à s'interroger sur la finalité de la norme juridique. Cette unité de mesure permet d'évaluer le caractère adéquat, performant et efficace de la règle de droit de façon générale et en particulier de la sûreté réelle.

Mais, cette évaluation se fera dans les procédures collectives de droit commun abstraction faite à celles simplifiées qui concernent exclusivement les petites entreprises (PE), considérées comme n'ayant pas d'actif immobilier. C'est ce qui justifie le caractère simplifié de ladite procédure dont l'institution résulte de la création du statut de l'entrepreneur⁷⁹, un nouvel opérateur économique OHADA. Il était devenu nécessaire, vu la place qu'occupe ces entreprises dans l'économie de nos pays, d'adapter le droit des procédures collectives afin qu'elles puissent le solliciter, au besoin.

⁷⁶ Il s'agit du rapport d'audit demandé par le conseil des ministres de l'OHADA, réuni à Ouagadougou en juin 2013. Pour plus d'infos, v. SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd. 2016, p. 1109.

⁷⁷ ROUSSEAU (S.), L'analyse économique du droit, D. 2009, p. 352.

⁷⁸ V. SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Op cit., p. 1110.

⁷⁹ DIALLO (B.), « Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées », in Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Dr et patr. n°253, 2015, p. 44.

Ainsi, les bénéficiaires de ces garanties peuvent-ils obtenir satisfaction lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de leur débiteur ? La réponse à ces préoccupations mérite une réflexion particulière sur le sort des titulaires de sûretés dans les procédures d'insolvabilité.

Une analyse profonde de l'efficacité des sûretés réelles dans les procédures collectives OHADA permettra-t-elle de démontrer que l'affectation en garantie d'une sûreté réelle emporte le droit au paiement effectif et prioritaire du créancier dans les procédures collectives ?

Nous avons estimé qu'une telle problématique mérite d'être étudiée, car aucune disposition ne peut rassurer un créancier fut-il prévoyant et muni de garantie que l'ouverture d'une procédure collective ne serait pas un handicap à son paiement. Plusieurs raisons militent dans ce sens. Ainsi, la question de la protection du débiteur et celle des travailleurs qui passe forcément par le maintien des emplois oblige le législateur à imposer des sacrifices aux créanciers antérieurs, peu importe leur statut.

En plus, le principe de la primauté du droit des procédures collectives, n'est-il pas un obstacle au recouvrement des créances quand on sait qu'il a comme corollaire la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements. Toutes ces questions méritent une attention particulière afin de doter le régime juridique des sûretés réelles d'une efficacité permettant leur réalisation sans faille. Sur la base de tels problèmes, nous nous proposons de mener une réflexion approfondie tout en proposant des solutions qui permettront aux dispensateurs de crédits de connaître les avantages et les inconvénients liés à la pratique de ces sûretés.

Théoriquement, le problème de l'efficacité des sûretés réelles soulève celui de la protection des droits des créanciers, mais aussi de celui du débiteur en difficulté. La question qui se pose est de savoir, lequel des deux mérite la primauté de la protection : le débiteur (entreprise en difficulté) qui doit être protégé ou le créancier qui exige le paiement de sa créance ? Cette situation conflictuelle met le législateur entre l'enclume et le marteau. Pourtant, il doit opérer un choix qui peut être lourd de conséquence, car dit-on ruiner une sûreté amène le créancier à stopper l'octroi de crédits aux entreprises, synonyme de ralentissement des activités économiques.

Se pose alors la question de l'équilibre qui a poussé le législateur à consacrer de nouveaux mécanismes et des nouvelles sûretés réelles lors de la réforme. Il s'agit du pacte comissoire, des sûretés propriétés, et du droit de rétention autonome, mettant en cause la primauté du droit

des procédures collectives. Ce qui ne met pas ces nouvelles garanties réelles à l'abri du droit des procédures collectives, en ce sens qu'elles demeurent soumises à certaines exigences de cette discipline.

Par ailleurs, une étude portant sur les sûretés et de surcroît dans les procédures collectives a toujours un intérêt, vu la place qu'occupent ces garanties dans le développement du crédit et, par conséquent, dans la croissance économique, car dit-on « sans sûretés pas de crédit et sans crédit pas d'économie moderne ». Les sûretés participent donc, à la sécurisation des intérêts des créanciers dispensateurs de crédits.

La sécurité du paiement, en passant par l'attribution ou la vente des biens de l'entreprise en difficulté pour se faire payer, est l'essence même des sûretés réelles. Malheureusement, certains créanciers sont fortement concurrencés par d'autres de meilleur rang, ce qui peut constituer un frein au développement du crédit. Cependant, pour faire face à la précarité du créancier muni de sûretés réelles, des remèdes ont été trouvés, à travers la réserve de propriété, la cession de créance à titre de sûretés, le transfert fiduciaire de somme d'argent, le droit de rétention. En plus, il y a l'attribution conventionnelle qui profite également au créancier muni de sûreté réelle classique. Même si parfois ces moyens ont montré leur limite (cas du débiteur admis à la procédure collective).

Pourtant, à travers les différentes réformes, le législateur africain s'est fixé un objectif, celui de renforcer les droits des dispensateurs de crédits afin d'attirer le maximum d'investisseurs. Ainsi, au regard des dispositions législatives, tout porte à croire qu'il existe des moyens permettant de mettre le créancier muni de sûretés réelles à l'abri des affres des procédures d'insolvabilités de son débiteur, donc, une réelle volonté du législateur de protéger ces créanciers. Une telle situation permet d'affirmer l'existence des mécanismes de protection des bénéficiaires de sûretés réelles tout en leur assurant un paiement effectif (Première partie). Néanmoins, dans le but d'atteindre l'objectif de redressement de l'entreprise, des restrictions sont apportées à leurs droits, d'où un paiement effectif entaché d'atteintes (Seconde partie).

Première partie: L'existence des mécanismes de paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives

L'octroi de crédit repose sur la confiance. Et, c'est pour renforcer celle-ci que le dispensateur exige des garanties, notamment, des sûretés. Lorsque, le débiteur a des difficultés économiques et financières entraînant des difficultés dans le remboursement de sa dette, le créancier doit pouvoir mettre en jeu les sûretés dont il a bénéficié. Cependant, tel n'est toujours pas le cas, puisque l'ouverture d'une procédure collective entraîne la suspension des poursuites individuelles⁸⁰ et l'interdiction de paiement⁸¹.

Ces restrictions sont, en général, le fruit d'une ordonnance du président du tribunal suite au dépôt de la requête par le débiteur ou d'une requête conjointe. Elles visent toutes les actions en justice de nature à obtenir paiement, y compris les voies d'exécution et même les mesures conservatoires. Néanmoins, elles ne s'appliquent pas aux actions tendant à la reconnaissance des droits ou des créances contestées, aux actions cambiales contre les signataires des effets de commerce autre que le bénéficiaire de la suspension des poursuites individuelles et aux actions en revendication. Hormis celles-ci, la suspension des poursuites individuelles et l'arrêt des paiements s'appliquent à tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient chirographaires ou munis de sûretés⁸². Il s'agit d'une règle d'ordre public. Elle signifie que lorsque les poursuites ne sont pas encore exercées, elles ne pourront plus l'être, alors que lorsqu'elles sont en instance, elles devront être interdites⁸³. Toutefois, le législateur a accordé une protection à certains créanciers parmi lesquels figure le titulaire de sûreté réelle. Celui-ci verra ses droits protégés. Donc, une attention particulière lui est réservée. Cette situation bien que créatrice d'inégalité entre les créanciers dans les procédures collectives, permet quand même de répondre à l'un des objectifs principaux de l'OHADA, à savoir : faire des sûretés, un moyen de sécurisation des

⁸⁰ POUGOUE (P.-G.), KALIEU (Y. R.), *L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA*, PUA., Yaoundé, 1999, p.24 ; dans le même sens, v. SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, Collection droit uniforme africain, Bruylant Bruxelles, 2002 ; v. COQUELET (M. -L.), *Entreprise en difficulté*, Instrument de paiement et de crédit, HyperCours, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 162 ; v. KANTE (A.), « Réflexion sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA) », EDJA, n°52, Janv.- fév.- mars 2002 ; v. LIENHARD (A.), « Le plan de sauvegarde, Delmas procédures collectives », n°81.11, sur www.dalloz.fr, Consulté le 10 mars 2017 ; v. Rép. com. Dalloz, v. Entreprise en difficulté (Les créanciers- Situation des créanciers), par MACORIG-VENIER (Fr.), n°252-302, sur www.dalloz.fr, Consulté le 10 mars 2017.

⁸¹ PEROCHON (Fr.), « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », D. 2009, Chron., p.651 ; JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, Manuel, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2013, p. 230.

⁸² V. ISSA-SAYEGH (J.), « Présentation des dispositions sur les procédures collectives d'apurement du passif », Ohada.com/ Ohadata D-06-07, p. 05.

⁸³ KANTE (A.), « Réflexion sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A) », EDJA n°56, Ohada.com/ Ohadata D-06-47, p. 8.

investissements. Ainsi, la protection de ces bénéficiaires de garanties varie selon qu'il s'agit des sûretés réelles classiques (Titre I) ou nouvelles (Titre II).

Titre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques

Les droits des titulaires de sûretés réelles traditionnelles sont pris en compte lors du traitement des difficultés de l'entreprise débitrice. A cet effet, avec la réforme, les procédures préventives ont été renforcées, donc, leur nombre augmenté, à travers la consécration de la conciliation. Cette situation exprime la volonté du législateur africain d'anticiper sur la gestion du risque d'impayé inhérent à l'octroi de crédit. Mais, l'avancement des différentes phases de la procédure (requête, décision d'ouverture, décision de règlement préventif, période d'observation, date de cessation des paiements, période suspecte, homologation ou non du concordat, jugement de liquidation) doit faire l'objet d'un suivi rigoureux de la part des créanciers, car à chacune de ces étapes correspond une gestion des risques et une situation juridique différente⁸⁴. Ainsi, lorsque le débiteur est en difficulté, les chances de paiement du créancier s'amenuisent et donc, dépendent de sa diligence. Aucun créancier antérieur, en principe, ne peut introduire une action afin d'obtenir un paiement. Néanmoins, les créanciers munis de sûretés réelles classiques ne perdront pas leur garantie même s'ils ne peuvent pas les réaliser.

Dans cette perspective de recherche de paiement et de protection du débiteur, des stratégies sont mises en place. Parmi celles-ci, figurent les mesures de restrictions d'action et d'exécution. Ainsi, le bénéficiaire de sûreté réelle traditionnelle qui doit pouvoir mettre en œuvre sa garantie pour se faire payer, va être confronté au principe de la suspension des poursuites individuelles et de l'arrêt des paiements, gage de la discipline collective et de l'égalité entre les créanciers antérieurs, lesquelles sont également instrumentalisées⁸⁵ afin de permettre le sauvetage de l'entreprise viable. Toutefois, quelle que soit la procédure, les droits des créanciers munis de sûretés spécifiques classiques sont préservés.

Nous examinerons d'une part, la protection des créances assorties de sûretés réelles conventionnelles classiques dans les procédures concordataires (Chapitre I) et d'autre part, leur protection hors des procédures concordataires (Chapitre II).

⁸⁴ V. JOHNSON (F. A. K.), « Comment sauvegarder vos intérêts lorsqu'une procédure collective est ouverte contre de votre débiteur », Flash n°1 de la Revue Experts Associés n°4 Octobre 2005, Ohada.com/ Ohadata D-05-59, p. 2.

⁸⁵ CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés, La modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif », Dr. et patr., n°523, déc. 2015, p.63 ; dans le même sens, v. LUCAS (Fr.- X.), « L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises », Rev. des proc. coll., n°06, Nov. 2009, dossier 17, p.02.

Chapitre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques dans les procédures concordataires

La protection est au cœur du droit des entreprises en difficulté, en l'occurrence celui des procédures collectives. L'objectif fixé est le redressement du débiteur, souvent au mépris des droits de certains partenaires. C'est dans ce cadre qu'intervient le concordat, un accord entre les créanciers et leur débiteur. Ainsi, des sacrifices seront demandés aux premiers dans le but de sauver le second. Ceux-ci diffèrent selon la gravité des difficultés du débiteur. Toutefois, la diversité des créances recommande un traitement inégalitaire. La bonne préservation des droits des créanciers est donc, tributaire de leur statut. Le titulaire de sûreté réelle classique va obtenir un traitement particulier. Ainsi, les intérêts de ce dernier seront protégés, non seulement dans le concordat préventif (Section I), mais aussi dans le concordat de redressement (Section II).

Section I : La protection dans le concordat préventif

« Prévenir vaut mieux que guérir ». Cet adage résume le traitement préventif des difficultés des entreprises. Lorsque l'entreprise présente des maux, elle sollicite le concours de la justice⁸⁶. C'est dans ce cadre qu'un accord est recherché entre les créanciers et le débiteur afin d'éviter la cessation des paiements⁸⁷ ou la liquidation des biens. Le créancier muni d'un droit préférentiel classique sera soumis à des exigences, alors même que ses droits restent garantis. C'est ainsi que, nous constatons lors de la formation (Paragraphe I) et de l'exécution (Paragraphe II) du concordat préventif un renforcement de ses prérogatives.

Paragraphe I : Le renforcement des droits des créanciers au moment de la formation du concordat préventif

La formation du contrat, moment idéal pour veiller aux droits des parties, est cruciale pour la prise en compte de leurs intérêts. Le concordat, contrat ou accord entre le débiteur et ses créanciers⁸⁸, veille à la protection des intérêts de celles-ci. L'une des parties, notamment, le créancier, et surtout celui muni de garantie réelle est incontournable dans le plan de sortie de crise de l'entreprise. Le législateur est intervenu pour renforcer l'implication de celui-ci dans l'élaboration et la conclusion d'un plan de sortie de crise du débiteur (A). En outre, le droit des

⁸⁶ ROUSSEL GALLE (Ph.), « La procédure de sauvegarde, Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice », JCP E. A., n°40, 05 oct. 2006, 2437, p.01.

⁸⁷ On parle dans ce cas de concordat préventif, v. EVELAMENOU (S. K.), *Le concordat préventif en Droit OHADA*, Th. Paris-Est, 2012.

⁸⁸ En absence de précision, le terme créancier renvoie à celui titulaire de sûreté réelle classique à la différence de celui chirographaire, puisque le titulaire de sûreté réelle nouvelle n'est pas frappé d'interdiction de poursuite ou de paiement.

procédures collectives, étant un droit dérogatoire, il a également jugé nécessaire de préserver les biens grevés (B).

A- L'implication renforcée des créanciers dans le projet du concordat préventif

Au départ, le législateur faisait allusion au dépôt d'une offre de concordat, mais aujourd'hui, il se réfère au projet de concordat. Ces deux notions sont-elles synonymes ? C'est à cette question que nous tenterons de répondre.

L'offre est une manifestation de volonté par laquelle une personne propose à un tiers la conclusion d'une convention. Elle est également appelée pollicitation⁸⁹. Un constat s'impose, celui de la manifestation de la volonté en vue de conclure un contrat. Toutefois, sa conclusion est soumise à des conditions. Par contre, le projet est un acte régissant l'avenir, élaboré par un organe ou une personne et soumis, pour adoption ou homologation, au contrôle d'un autre organe ou d'une autorité ou même à l'acceptation d'un éventuel cocontractant⁹⁰. Il s'agit d'un acte organisant une situation à venir mais assorti de contrôle. C'est ce dernier aspect qui différencie le projet de l'offre. Et puisque, le concordat préventif est soumis au contrôle d'organes, il était nécessaire, pour le législateur de militer en faveur de la thèse du projet au détriment de celle de l'offre.

Cependant, pour plus d'implication des créanciers notamment ceux munis de sûretés réelles dans le traitement des difficultés de l'entreprise, l'accompagnement de la requête du règlement préventif par l'avant-projet de concordat et non par le projet de concordat préventif est meilleur, c'est-à-dire une substitution de projet par l'avant-projet. La raison est la suivante, autour de l'idée de projet règne celle de conclusion, d'adoption de l'acte. Par contre, autour de celle d'avant-projet règne l'idée d'élaboration de l'acte⁹¹. Cela se justifie, parce que l'avant-projet est la rédaction préparatoire d'un texte servant de base à une première discussion en vue de l'élaboration d'un projet⁹². En impliquant les créanciers titulaires de garanties réelles sur les biens de l'entreprise dès la préparation de l'accord, le législateur minimise les risques dans le cadre de l'adoption du projet d'accord. C'est cette préparation en amont qui est gage de réussite d'un bon plan de sauvegarde. La réussite de toute la procédure en dépend.

⁸⁹ GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.), dir., *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, v. offre.

⁹⁰ CORNU (G.), Op. cit., v. projet.

⁹¹ Pour l'élaboration du projet de concordat préventif, v. EVELAMENOU (S. K.), *Le Concordat préventif en Droit OHADA*, Op. cit.

⁹² CORNU (G.), Ibid, v. avant-projet.

Il a été démontré que la faible participation des créanciers dans le traitement des difficultés des entreprises, est l'une des causes importantes des cessations de paiement que connaissent certains débiteurs lorsqu'ils sont confrontés à des difficultés économiques, voire financières. C'est dans cette perspective que l'ancien droit a été jugé inefficace dans le traitement de ces problèmes. C'est ainsi que, le législateur est intervenu en 2015 pour pallier cette insuffisance, en renforçant les droits des créanciers munis de sûretés réelles.

Le règlement préventif est l'une des armes pour lutter contre la cessation des paiements des entreprises en difficulté. En Droit français on l'assimile à la période de sauvegarde. A la différence du redressement judiciaire, le règlement préventif est une procédure collective qui exige, pour son aboutissement, l'existence d'un concordat préventif qui est un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il consiste, pour le débiteur, de convenir avec chacun des créanciers sur les délais et les remises qu'il consent⁹³, c'est-à-dire, négocier avec chacun d'eux afin d'aboutir ou parvenir à un accord. C'est ce qu'on appelle en Droit OHADA le 'concordat préventif'. En effet, classiquement le concordat préventif est un accord destiné à empêcher la poursuite et la survenance de la cessation des paiements, par l'obtention de délai de paiement et/ou de remise de dettes. Au sens de l'ancien Acte uniforme, le concordat préventif est un accord conclu entre le débiteur et ses créanciers, destiné à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise⁹⁴. Par contre, le nouvel Acte uniforme fait l'économie d'une définition explicite de ce concept qui peut être déduite facilement des dispositions de l'art.2 al. 2 consacré au règlement préventif. Le concordat préventif est défini comme étant l'aboutissement d'un processus, celui du règlement préventif. Raison pour laquelle, il constitue un accord conclu à l'issue d'une procédure collective de règlement préventif par le débiteur et ses créanciers, par lequel les parties conviennent d'une solution qui vise à éviter la cessation des paiements du débiteur et à permettre l'apurement de son passif⁹⁵. Une partie de la doctrine⁹⁶ parle également de plan. Cette similarité entre le concordat et le règlement préventif, a amené, le législateur du nouvel Acte uniforme à accompagner la requête du règlement préventif par le projet du concordat préventif. Et pour prendre en compte davantage les intérêts des créanciers, il a introduit la possibilité de la requête conjointe comme moyen de saisine de la juridiction compétente⁹⁷. Cette possibilité dénote la volonté du législateur d'associer les créanciers à

⁹³ V. MBAYE (M. N.), « Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit OHADA », Ohada.com/Ohadata D-09-40, n°4.

⁹⁴ Art. 2-1 AUPC initial.

⁹⁵ KALIEU ELONGO (Y. R), *Le Droit des procédures collectives de l'OHADA*, PUA, 2016, p.185.

⁹⁶ KALIEU ELONGO (Y.R), Ibid. p.86.

⁹⁷ Art.6 alinéa 2 de l'AUPC en vigueur.

l'élaboration du concordat donc, un témoignage du renforcement des droits des créanciers comparativement à l'ancien droit qui laissait cette prérogative au seul chef du débiteur. Or, ce dernier a tendance à camoufler sa difficulté, sous prétexte de se voir regarder par un mauvais œil, c'est-à-dire celui des dispensateurs de crédit.

En outre, les créanciers bénéficient de plusieurs négociations de la part des organes judiciaires et extrajudiciaires⁹⁸. D'abord, une première qui est conduite par le débiteur, acteur principal de la procédure, ensuite, une seconde dirigée par l'expert, homme de l'art de cette partie technique, et enfin, une dernière entreprise par le Président de la juridiction compétente certificateur et ordonnateur de toutes les décisions importantes lors du règlement préventif. La négociation est un processus, une discussion d'un contrat en vue d'arriver à sa conclusion. Entendu dans ce sens, elle intervient dans la période précontractuelle lors des pourparlers⁹⁹, et fonde la thèse contractuelle de l'opération future, par laquelle les parties discutent librement leurs intérêts avant de passer à la conclusion ou à l'adoption de l'acte. C'est une période essentielle dans la formation de tout accord.

Vu son intérêt, le législateur lui a accordé une place de choix. Initialement, le créancier était moins associé, parce que l'initiative relevait de la seule volonté du débiteur qui était habilité à introduire une requête en règlement préventif. Les conséquences de cette pratique étaient connues. Elles rendaient l'accord moins efficace, puisque conclu tardivement. C'est à la lumière de tout ceci que le législateur du nouvel Acte uniforme a introduit une option dans la saisine du tribunal. Il s'agit de la requête conjointe, une alternative prévue comme moyen d'ouverture du règlement préventif en ces termes : « *la juridiction compétente est saisie par une requête du débiteur ou par une requête conjointe de ce dernier avec un ou plusieurs de ses créanciers, déposée au greffe contre récépissé*¹⁰⁰ ». Et, le législateur d'ajouter que cette requête est accompagnée des documents parmi lesquelles doit figurer le projet de concordat préventif¹⁰¹. Ceci est une innovation majeure des dispositions du nouveau droit des procédures collectives. Initialement, cet accompagnement était assorti d'un délai d'un mois et constituait un handicap puisque la suspension des poursuites individuelles était tributaire du dépôt de la proposition du concordat préventif.

⁹⁸ Art15 alinéa 9 de l'AUPCR.

⁹⁹ CORNU (G.) dir., Op. cit., v. négociation.

¹⁰⁰ Art.6 alinéa 2 de l'AUPCR.

¹⁰¹ Art.6-1 de l'AUPCR.

Cependant, que faut-il entendre par requête conjointe ? C'est une demande écrite adressée directement à un magistrat, sans mise en cause d'un adversaire, dans le cas où la « *situation à régler est urgente et où la nécessité commande qu'il soit procédé non contradictoirement* ». Il y est répondu par une ordonnance de caractère provisoire, exécutoire sur minute et susceptible de rétractation¹⁰². Et, Selon le Vocabulaire juridique, c'est un acte par lequel est formée la demande en justice dans les procédures non contradictoires et qui, consiste à un écrit motivé. Mais, dans un sens général, la requête désigne une demande adressée à une autorité ayant pouvoir de décision¹⁰³. Le législateur malien à travers le Code de procédure civile, commerciale et sociale nous précise en ces termes « la requête ou la déclaration verbale est l'acte par lequel le demandeur saisit la juridiction¹⁰⁴ ». Elle est dite conjointe lorsqu'elle est formée, en matière gracieuse, par des parties qui sollicitent une autorisation ou une homologation du juge, en soumettant d'un commun accord à son contrôle l'acte qu'elles ont élaboré. Elle peut également être introduite en matière contentieuse. Dans tous les cas, l'idée de cheminer ou d'élaborer ensemble demeure.

L'idée de collaboration introduite par le nouveau droit des procédures collectives constitue une avancée et une preuve du renforcement des droits des créanciers et en particulier ceux munis de sûretés réelles. Ces derniers ont un rôle capital dans la sauvegarde de l'entreprise, puisqu'ils détiennent en garantie les biens du débiteur. Il est donc, nécessaire de les associer en amont, c'est-à-dire dans la requête introductive du règlement préventif afin d'anticiper sur les maux de l'entreprise. Il faut préciser que le législateur n'opère aucune distinction entre les créanciers privilégiés et ceux chirographaires dans ladite négociation. Seulement, nous pouvons y parvenir, en nous référant à leurs statuts qui diffèrent. Certains sont garantis par des biens affectés à cet effet, d'autres ne le sont pas. Ce qui fait des uns « chirographaires » et des autres « privilégiés » qui bénéficient également d'une information personnelle, lors de la procédure du règlement préventif. En droit français, les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement par lettre recommandée avec demande d'avis de réception¹⁰⁵. Il en est de même en droit OHADA. Cet avertissement doit être adressé au tuteur lorsque le créancier est placé sous tutelle¹⁰⁶. Seule la réception de cet avis fait, en principe, courir à leur égard le délai de déclaration qui ne peut, par ailleurs, courir qu'autant

¹⁰² *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, Op. cit., v. requête.

¹⁰³ CORNU (G.) dir, v. requête.

¹⁰⁴ V. art 2 du Code de procédure civile, commerciale et sociale du Mali.

¹⁰⁵ C. com., art. L. 622-24, al. 1^{er}.

¹⁰⁶ Com. 6 déc. 2011, n° 10-19.959, Bull. Joly Entrep. diff. 2012, n° 03, p. 162, obs. HOUIN-BRESSAND.

que l'avertissement est conforme aux exigences légales qui, selon la jurisprudence, assurent scrupuleusement leur respect. Ainsi, l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception s'impose¹⁰⁷, de même que l'indication du nom du débiteur. Lorsque le créancier est un étranger ayant sa résidence, son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre de l'Union européenne, les mêmes exigences que celles précédemment mentionnées pour les créanciers connus, doivent être respectées.

Il est à noter qu'un important arrêt de la Cour de cassation française a eu pour effet, de retarder le point de départ du délai de déclaration, si la publicité du jugement d'ouverture au journal d'annonce légale, est effectuée après la réception de l'avertissement par le créancier. Dans ce cas, le délai ne court qu'à compter de cette publicité¹⁰⁸. L'appréciation de la qualité de créancier titulaire d'une sûreté (ou d'un contrat publié) doit être effectuée au jour du jugement d'ouverture. La contestation ultérieure de la validité de celle-ci ou de sa publicité est indifférente¹⁰⁹. Une cour d'appel¹¹⁰ a énoncé que, ne peut encourir forclusion, le créancier titulaire d'une sûreté publiée qui a déclaré sa créance dans le délai de deux mois, à compter de la publication du jugement d'ouverture. Peu importe qu'il ait été averti personnellement avant cette publication par le mandataire judiciaire ou non. Elle en a exactement déduit que la déclaration effectuée le 8 octobre 2009, moins de deux mois après la publication du 13 août 2009, n'était pas tardive¹¹¹. La notion de sûreté publiée, au sens de ce texte, a été précisée par la jurisprudence. Elle estime que peu importe que la sûreté soit une sûreté spéciale ou générale, tel que le privilège du Trésor¹¹². En revanche, il est nécessaire qu'une publication ait été effectuée, ce qui n'est pas le cas du privilège du syndicat de copropriété, dispensé de publicité¹¹³, ni du gage avec dépossession¹¹⁴. Dès lors que la sûreté a été publiée avant le jugement d'ouverture, le créancier

¹⁰⁷ Com. 14 mars 2000, n° 97-14.912, Bull. civ. IV, n° 57.

¹⁰⁸ Com. 30 oct. 2012, n° 11-22.836, D. 2012. Actu. 2593, obs. LIENHARD ; Rev. sociétés 2012. 732, obs. ROUSSEL GALLE ; Bull. Joly Entrep. diff. 2013. 22, note MACORIG-VENIER. Dans le même sens, v. Cass. com., 20 oct. 2009, n°08-17.830, F-D : Jurisdata n°2009-050032, in SOINNE (B.) et MENJUCQ (M.), (Ss dir.), Revue des procédures collectives civiles et commerciales, LexisNexis, JurisClasseur, n°01, Janv.- Févr. 2010, p.32.

¹⁰⁹ Com. 18 sept. 2012, n° 11-21.058, Act. proc. coll. 2012, n° 235 ; Com. 6 déc. 2011, n° 10-24.968, Bull. civ. IV, n° 201 ; D. 2012 ; Com. 15 avr. 2008, n° 07-10.174, Bull. civ. IV, n° 90 ; D. 2008.

¹¹⁰ V. Com. 18 juin 2013, n° 12-20.615, D. 2013. Actu. 1616, obs. LIENHARD.

¹¹¹ Com. 18 juin 2013, n° 12-20.615, D. 2013. Actu. 1616, Ibid.

¹¹² Com. 9 janv. 2001, n° 98-15.102 Bull. civ. IV, n° 6 ; JCP E 2001, n° 18, p. 152, obs. CABRILLAC (M.).

¹¹³ Com. 4 mars 2003, n° 00-11.952, Bull. civ. IV, n° 35 ; Act. proc. coll. 2003, n° 98, obs. REGNAULT-MOUTIER ; RTD com. 2003. 566, obs. MARTIN-SERF.

¹¹⁴ Orléans, 1er févr. 2001, RJDA 2001, n° 786.

doit être averti, peu importe que la validité de l'inscription soit ultérieurement remise en question¹¹⁵ ou non. Cette position est applicable en droit OHADA.

Enfin, les créanciers bénéficient de la possibilité de demander au Président de la juridiction compétente le remplacement de l'expert qui est suspecté d'impartialité¹¹⁶. De même, en droit français, la loi du 06 août 2015 permet aux créanciers de demander au juge commissaire de saisir le tribunal afin de solliciter le remplacement du mandataire judiciaire¹¹⁷. Ils sont aussi sollicités pour la conversion de leurs créances en titres sociaux.

En outre, le renforcement des droits passe par le maintien ou la sauvegarde des biens objets de leur garantie.

B- La préservation des biens objets de sûretés réelles classiques

En principe, l'objectif d'une procédure préventive n'est pas l'apurement du passif mais plutôt d'éviter la cessation des paiements, c'est-à-dire le traitement des difficultés de l'entreprise sans pour autant mettre l'accent sur le désintéressement des créanciers. C'est cette hypothèse qui est renforcée par le législateur du nouveau droit des procédures collectives. Ainsi, les procédures préventives sont actuellement, la conciliation et le règlement préventif par opposition à celles curatives qui sont : le redressement judiciaire et la liquidation des biens. C'est cette volonté du législateur de sauvegarder les entreprises viables, en anticipant sur le traitement de leurs difficultés, qui l'amène à restreindre les droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques dans le seul but de sauvegarder l'entreprise en difficulté. Et cela, même si le débiteur est *in bonis*.

Nonobstant cette volonté, le législateur du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives, a réservé un traitement particulier aux créanciers titulaires de sûretés réelles en préservant ceux-ci de la perte de leur garantie et également de leur valeur.

La question qui se pose est celle de savoir que recouvrent ces concepts ? Le législateur nous renseigne dans l'une de ses dispositions¹¹⁸ en ces termes : « *les créanciers munis d'un privilège général, d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque ne*

¹¹⁵ Com. 15 avr. 2008, n° 07-10.174, Bull. civ. IV, n° 90 ; D. 2008.

¹¹⁶ Art8-1 alinéa 2 de l'AUPCR ; sur les conditions d'exercice des fonctions de mandataire judiciaire, v. art4-4 et svt.de l'AUPCR.

¹¹⁷ LIENHARD (A.), « Les organes de la procédure, Delmas procédures collectives », www.dalloz.fr, consulté le 20 mai 2017.

¹¹⁸ V. art 18 alinéa 2 de l'AUPC.

perdent pas leurs garanties...». A la lecture de cette disposition, nous constatons que lesdits créanciers sont protégés parce qu'ils conservent bel et bien leurs sûretés. Pour comprendre cela, il suffit juste qu'on fasse abstraction de la négation. Ainsi, le texte serait rédigé de la sorte : « les créanciers munis d'un privilège général, d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque perdent leurs garanties ». Il en découle que le législateur n'a pas du tout volé au secours desdits créanciers. La raison est simple. Le droit des procédures collectives est un droit d'exception qui tire sa substance des autres disciplines, notamment, le droit des sociétés, les voies d'exécution, les sûretés. Donc, le fait de permettre aux garanties de survivre, est une faveur accordée à leurs titulaires. C'est dans ce cadre que l'on peut parler de renforcement des droits de ces créanciers, quand on sait que leurs statuts viennent d'être protégés contre les aléas des procédures collectives. Rappelons que ce droit a changé de finalité. Jadis, basé sur la sanction du débiteur, le droit des procédures collectives vise le paiement des créanciers tout en protégeant les entreprises viables. Ainsi, le législateur est à la recherche d'un équilibre entre lesdits intérêts.

La conservation de la sûreté s'inscrit dans cette dynamique de même que l'indivisibilité des sûretés¹¹⁹. Elle sert à protéger le créancier contre, non seulement la perte de sa garantie, mais également sa valeur. Elle permet au créancier de conserver l'ensemble de ses droits sur la chose et cela, quel que soit le sort du bien, objet de la sûreté et la créance qui la garantit. Le maintien de la garantie, rend la sûreté efficace et sécurise les droits du créancier. Cependant, la question reste de savoir si une sûreté efficace est toujours celle qui protège les droits du créancier au détriment de ceux du débiteur ? Avant de répondre à cette question, il est intéressant de se prononcer sur le sens de ce principe, notamment, le principe d'indivisibilité afin de préciser son sens.

La règle émane de Dumoulin pour qualifier l'hypothèque en ces termes, *hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte*, c'est-à-dire, *l'hypothèque est toute entière dans le tout et toute entière dans chacune de ses parties*. Donc, il ne se divise point. Cette règle signifie que l'immeuble dans sa totalité et dans chacune de ses parties est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette. C'est cette règle qui est également étendue à toutes les sûretés réelles. Mais, la question est de savoir si ce principe découle de l'essence même de la sûreté ? Assurément non, il découle plutôt de sa nature. Telle est la position de la doctrine¹²⁰.

¹¹⁹ Sur l'indivisibilité des sûretés, v. SOUHAMI (J.), « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », RTD Civ. 2008 p.27.

¹²⁰ SOUHAMI (J.), « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », Op cit., p.27.

Littéralement, l'essence est ce qui constitue la nature d'une chose¹²¹. Au regard de cette définition, nous pouvons déduire qu'il est possible de les assimiler. Mais, en faisant une analyse approfondie, nous constatons que le premier renvoie à l'origine de la chose, par contre, le second à sa catégorie. Cela nous amène à valider la thèse de la nature, parce que la sûreté réelle, notamment, l'hypothèque confère à son titulaire, un droit réel sur la chose grevée. Cependant, ce droit mérite d'être précisé. En ce sens que son bénéficiaire n'a pas un droit réel stricto sensu sur l'immeuble hypothéqué, mais plutôt sur sa valeur. Ce qui fait que le créancier hypothécaire est limité dans l'exercice de ses droits sur la chose, exception faite de sa valeur, c'est-à-dire du prix de la réalisation de l'immeuble.

Malheureusement, lors de la période de sauvegarde de l'entreprise, notamment le redressement du débiteur, le législateur est intervenu pour enlever la substance de ce principe, puisqu'il admet que le créancier serait désintéressé sur une quote-part du fruit de la réalisation, autrement dit, sur une partie du prix de la réalisation ou de la vente du bien grevé. Ainsi, c'est tout un système qui se trouve bouleversé, parce qu'une telle situation heurte fondamentalement la règle de l'indivisibilité et freine l'octroi de crédit, gage de tout développement. En outre, la diminution de l'efficacité des sûretés pour les créanciers, a comme corollaire, l'inflation des mécanismes de garanties, puisque le créancier va toujours chercher un moyen permettant de contourner une telle pratique. C'est d'ailleurs, ce qui est à la base de la consécration des propriétés-sûretés par l'ordonnance française de 2006, portant organisation des sûretés réelles, et dont le législateur communautaire OHADA s'est largement inspiré. C'est le cas, de la propriété-sûreté et du droit de rétention¹²². Cette situation crée une série de fluctuations au sein de la jurisprudence. Tantôt, c'est le propriétaire qui prime sur le rétenteur, tantôt, c'est le contraire, c'est-à-dire les droits du dernier priment sur ceux du premier. Or, il s'agit d'une même catégorie de sûretés, celles fondées sur une situation d'exclusivité du créancier sur la chose grevée. Donc, le désintéressement de ce dernier se fait, en l'absence de toute idée de concours avec d'autres créanciers et cela, quel que soit leur rang. L'efficacité des garanties perd ainsi toute son importance et la propriété, son socle, toute sa valeur.

Mais, à la différence des sûretés fondées sur l'exclusivité, celles fondées sur le droit de préférence font l'objet d'une neutralisation partielle, c'est-à-dire que leurs droits de préférence sont retardés au profit du traitement préventif des difficultés du débiteur. Cette situation semble

¹²¹ 38 Dictionnaires et recueils de correspondances.

¹²² Ces deux créanciers ont tous un droit exclusif mais les droits du rétenteur priment sur ceux du propriétaire, v. Cass. com., 03 mai 2006, n°04-15.262, in RTD Civ. 2006, p.584, Obs. REVET (Th.).

favoriser le débiteur, parce que corollaire de la suspension et de l'interdiction de paiement. Cependant, elle crée aussi celle de dépendance voire de contrôle de ce dernier. Donc, à y voir de près, nous pouvons déduire un équilibre entre lesdits intérêts gage du caractère efficace de la sûreté.

En outre, il faut noter que parmi les sûretés réelles classiques figure celle conférant un droit exclusif. Il s'agit du gage avec dépossession ou gage classique ou même nantissement classique. Elles confèrent un droit de rétention dont l'efficacité n'est jamais égalée, pour son titulaire et omet toute idée de concours avec d'autres créanciers. Par opposition au gage classique, le gage sans dépossession, contribue au développement du crédit en permettant au constituant de bénéficier de l'usage du bien grevé.

Avec l'implication des créanciers, le débiteur demande des sacrifices à ces derniers afin de parvenir à la sauvegarde de l'entreprise, parmi lesquels, nous avons d'une part, l'obtention d'un report de délai, c'est-à-dire un nouveau délai, et d'autre part, la remise de dettes¹²³.

Concernant, le premier sacrifice, notamment un nouveau délai, il n'est imposé ni au titulaire de sûreté réelle classique, ni même au chirographaire. Cependant, la situation des premiers est plus avantageuse que celle des seconds, puisque, les titulaires de sûretés ont un droit réel sur les biens objets de sûretés et bénéficient également d'un droit de préférence¹²⁴.

Avec la réforme de 2010, le gage a perdu son statut de sûreté réelle et ne suppose plus la dépossession¹²⁵ du constituant. Ce qui fait que ces sûretés réelles classiques subissent le même traitement lors de la procédure collective préventive. Mais, pour garantir le débiteur contre la mauvaise foi des créanciers, le législateur permet au juge d'imposer un délai, lorsque celui demandé ne dépasse pas deux (02) ans. La seule exception prévue est, lorsque ce dernier arrive à prouver que ce délai met en péril son entreprise¹²⁶, c'est-à-dire porté atteinte à la vie de l'entreprise.

¹²³ Elle peut porter sur les intérêts, notamment, légaux, conventionnels, compensatoires, moratoires et les majorations. Sur ce point, le législateur est intervenu pour protéger les créanciers d'autant plus que lesdits intérêts continuent à courir mais ne sont seulement exigibles (art 10 AUPCR).

¹²⁴ Il s'agit des créanciers munis de sûretés réelles classiques, notamment, le gage, le nantissement et l'hypothèque par opposition à ceux munis de sûretés réelles nouvelles, notamment, les propriétés sûretés ou spécifiques, notamment, les privilèges et le droit de rétention. Cette distinction n'a pas assez d'impact parce que les titulaires de sûretés réelles nouvelles ne subissent pas la foudre du fameux principe de suspension ou d'interdiction de poursuite ou de paiement. Ils échappent aux vicissitudes des procédures collectives.

¹²⁵ V. BLACK YONDO (L.), BRIZOUA-BI (M.), FILLE LAMBIE (O.), LAISNEY (L. -J.), MARCEAU-COTTE (A.), ss dir. de P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés, la réforme du droit des de l'OHADA*, Ed. Lamy, 2012, n°258.

¹²⁶ Art 15 alinéa 7 de l'AUPCR.

En ce qui concerne les remises, elles peuvent porter sur tout ou partie de la dette. Sur ce point, le nouveau droit reste favorable aux créanciers. Il n'impose aucune obligation de remise tant sur les créanciers privés que publics. Donc, qu'il s'agisse d'un créancier titulaire de sûretés réelles classiques ou non, ils peuvent refuser de consentir des remises¹²⁷.

Mais, quel que soit le sacrifice demandé ou imposé au créancier titulaire de sûretés classiques, ce qui demeure important, restent les délais et remises, c'est-à-dire l'octroi de nouveau délai, permettant au débiteur de recouvrer une santé financière afin de faire face aux engagements consentis par ce dernier dans le plan, malgré que, cette situation n'est pas une garantie sûre pour le créancier, dans le cadre de l'exécution de sa créance. Dans tous les cas, le but recherché est de permettre au débiteur de se redresser, en le mettant à l'abri de toute poursuite et de tout paiement, d'une part. Et d'autre part, la remise concerne les dettes y compris les intérêts. La question est de savoir, si elle peut porter sur les biens grevés ? Mais avant d'y répondre, levons une équivoque. Aucune remise n'est imposée aux créanciers de façon générale et en particulier à ceux titulaires de sûretés réelles. Mais, à travers le mécanisme de l'accessoire qui est inhérent à la sûreté, la réponse devient positive parce que confrontée au fameux principe : « *l'accessoire suit le principal* ». Ainsi, dans le cas d'espèce, le bien grevé suit le sort de la dette. Donc, si la créance est éteinte, la sûreté l'est également. Il s'ensuit que la chose grevée doit être restituée.

Cette prise en compte des intérêts du titulaire de garantie réelle lors de la formation du concordat préventif, n'est pas suffisante, parce qu'une chose est de promettre et une autre est de tenir sa promesse. Raison pour laquelle lors de l'exécution du concordat préventif, les droits des créanciers sont renforcés.

Paragraphe II : Le renforcement des droits des créanciers au moment de l'exécution du concordat préventif

L'exécution en matière contractuelle d'un engagement est soumise à un principe fondamental, celui de *bonne foi*. Et comme le veut la coutume en droit, *les conventions doivent être exécutées de bonne-foi*. Partant, le législateur est intervenu pour davantage sécuriser les intérêts des créanciers de façon générale, en introduisant des organes, investis d'une mission de surveillance

¹²⁷ Parce qu'en la matière aucune disposition de l'Acte uniforme à notre connaissance n'impose cette exigence, la seule exigence prévue est relative au délai, notamment, lorsque celui-ci ne dépasse pas deux ans, v. art 15 -2 al. 5 de l'AUPCR. Même dans ce cas le législateur accorde au juge la faculté de le faire et non une exigence sur ce dernier.

d'une part (A), et d'autre part, nous constatons que le droit préférentiel accordé au titulaire de sûreté réelle survit (B).

A- L'introduction des organes de surveillance

Les procédures préventives mettent l'accent sur le traitement des difficultés. L'objectif premier est le renforcement de capacités financières et matérielles du débiteur, afin de lui permettre de retrouver une santé économique et financière. Donc, tout est mis en œuvre afin d'éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise. Un temps de répit est laissé à l'entreprise débitrice pour proposer et mettre en place un plan de résolution de ses difficultés¹²⁸. Ainsi, il laisse peu de place au désintéressement des créanciers, peu importe leurs statuts, qu'ils soient chirographaires ou même titulaires de sûretés. Cependant, les créanciers ne sont pas oubliés, le concordat préventif vise aussi l'apurement du passif. De ce fait, des organes sont introduits pour veiller à son exécution et aux intérêts des créanciers. Ils sont, d'une part, judiciaires et, d'autre part, extrajudiciaires.

En effet, l'originalité du droit OHADA repose toujours sur la recherche de l'équilibre entre les intérêts des différents acteurs du monde des affaires¹²⁹. Dans le traitement préventif, le droit des créanciers est protégé légalement. Pour le savoir, examinons les dispositions de l'AUPC. A titre de rappel, *l'homologation du concordat met fin à la mission de l'expert*. Et automatiquement, le débiteur recouvre son droit le plus absolu sur ses biens, c'est-à-dire l'administration et la disposition. Elle confère aussi au concordat la force exécutoire d'un acte juridique. Ce qui permet de rendre son exécution obligatoire pour les parties signataires¹³⁰. L'intérêt pour le créancier titulaire de sûretés, face à un débiteur défaillant, est qu'il pourrait faire recours aux voies individuelles de recouvrement, puisque, ce dernier est maintenant soumis au droit commun d'exécution.

La liberté accordée au débiteur peut présenter des conséquences fâcheuses. Ce dernier risque d'ignorer la mise en œuvre du plan, nonobstant la force exécutoire de celui-ci, puisque dorénavant, il est soumis au *principe de la liberté contractuelle*. Et comme il est de coutume de

¹²⁸ ISSA-SAYEGH (J.), « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté droit OHADA », Ohada.com/Ohadata D-09-41, p. 2.

¹²⁹ TCHAKOTOU MESSABIEM (L.), *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Droit OHADA –Droit français, L'Harmattan 2015, p.39.

¹³⁰ KOKOU EVELAMENOU (S.), *Le concordat préventif en droit OHADA*, Op cit. p.196.

dire que : « la confiance n'exclut pas le contrôle », le législateur est intervenu pour y remédier en instaurant des institutions à cet effet.

L'art16 al.1 de l'AUPC dispose que : « la décision de la juridiction compétente homologuant le concordat préventif met fin à la mission de l'expert et à la procédure de règlement préventif, sous réserve des formalités prévues à l'art17 ci-dessous. Toutefois, la juridiction compétente peut désigner, d'office ou à la demande du débiteur ou d'un créancier, un syndic et/ou un ou des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif homologué dans les mêmes conditions que celles prévues pour le concordat de redressement judiciaire homologué. La juridiction compétente peut désigner l'expert au règlement préventif en qualité de syndic ». Cette disposition est une parfaite illustration de la prise en compte par le législateur, des droits des créanciers. Une telle situation est facile à constater. D'abord, l'utilisation de l'expression « toutefois » est une limitation et une restriction, donc, synonyme d'équilibre entre les parties. Ensuite, la conjonction de coordination « ou » employée dans le cadre de la désignation des surveillants de l'exécution du plan, marque l'alternance et signifie la suffisance dans le choix, c'est-à-dire le débiteur au même titre que le créancier peut demander au tribunal compétent, la désignation d'un surveillant, parce qu'en laissant cette possibilité au seul débiteur, ce dernier risque de ne pas le faire, faute d'intérêt. Enfin, la faculté de reconduire l'expert en qualité de syndic-contrôleur, investi d'un mandat de contrôleur pour la suite, est un signal fort pour davantage sécuriser les intérêts des parties.

Et pour mieux étayer nos propos, nous passons de la notion de contrôleur à celle de contrôleur contrôlé. Cette information émane de l'alinéa 2 dudit article en ces termes : « Elle désigne également un juge-commissaire. Celui-ci contrôle les activités du syndic ou des contrôleurs chargés de surveiller l'exécution du concordat préventif homologué, s'il en a été nommé, et rédige un rapport à l'intention de la juridiction compétente tous les trois mois et à tout moment, à la demande de cette dernière ». A la lecture de cet alinéa, nous constatons que le juge-commissaire, spécialiste des questions théoriques dans les procédures collectives, est le monsieur contrôleur-des-contrôleurs. Ce qui est une parfaite illustration de la volonté des rédacteurs de l'AUPC de préserver les intérêts des créanciers. La qualification de cet homme de l'art de spécialiste des questions théoriques se justifie par le fait que, cette discipline relève plus des sciences économiques et financières que celles juridiques¹³¹. Le médecin des maladies économiques et financières ne peut être qu'un spécialiste de ce domaine. Ou, comme le disait

¹³¹ TCHAKOTEU MESSABIEM (L.), *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif*, Droit OHADA –Droit français, L'Harmattan 2015, Op cit. p.55.

Platon¹³² « *Il faut que les philosophes deviennent roi ou que les rois apprennent à philosopher* ». Donc, pour que nos juges puissent devenir des véritables acteurs de ce processus, ils doivent subir des formations dans ce sens.

La question est de savoir, quelle est la portée de la mission de contrôle et de surveillance de ces organes ? La réponse à cette question nous amène à distinguer d'une part, la mission des organes judiciaires et d'autre part, celle des organes extrajudiciaires.

La particularité de cette discipline et surtout du traitement préventif laisse déroger au principe de la hiérarchie, pour faire place à celui décroissant. Les organes non juridictionnels sont les acteurs principaux du traitement préventif, parce que parmi ceux-ci, un (01) est partie intégrante de l'accord. Il s'agit des créanciers-contrôleurs. Et l'autre, le syndic-contrôleur était le facilitateur du concordat homologué. Ici, il est investi d'une mission de surveillance. Cette tâche consiste pour lui à s'assurer que le débiteur respecte ses engagements pris lors du concordat vis-à-vis des créanciers. A défaut, le syndic doit porter à la connaissance du juge commissaire tous les manquements observés¹³³. Il y va de même pour les contrôleurs créanciers. Ceux-ci doivent rendre compte également au juge commissaire. Mais à titre de collaboration, ils peuvent rendre compte au syndic de tout manquement constaté lors de l'exécution de l'accord.

La désignation des contrôleurs est faite en tenant compte de la composition de la masse des créanciers, c'est-à-dire, en fonction de leurs statuts. Ils sont, au maximum, au nombre de cinq (05)¹³⁴. Dans ce quota, un est nommé forcément parmi les créanciers chirographaires, un parmi les salariés, mais à condition que le nombre des salariés atteigne dix (10) au cours des six (06) mois précédant la saisine du tribunal et un parmi ceux titulaires de sûretés. Ces derniers ont vu leur mode de désignation facilité par la réforme.

En plus, les créanciers individuellement ou collectivement peuvent demander à être désignés. Une fois investis du mandat de contrôleur, ces derniers veillent à la prise en compte correcte des intérêts de tous les créanciers. Contrairement au syndic, ils ne représentent pas les créanciers, parce que, c'est la masse qui les représente.

Concrètement, l'instauration d'un règlement préventif est faite pour les créanciers chirographaires et surtout pour le débiteur en difficulté et moins pour les titulaires de sûretés

¹³² AGNE (D.), « Le philosophe roi dans la république de Platon : vertus humaines et essence divine », Ethiopiques n°77, <http://www.ethiopiques.refer.sn>, Consulté le 02 fév. 2017.

¹³³ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le Droit des procédures collectives de l'OHADA, PUA, 2016, p.54.

¹³⁴ Art 48 alinéa 1 de l'AUPCR.

réelles, qu'elles soient classiques ou modernes. La raison est la suivante : le patrimoine du débiteur étant composé d'actif et de passif diminue à la suite du désintéressement des autres créanciers, alors que les chirographaires ne comptent que sur l'actif pour se faire payer. Il reste malheureusement l'actif qui peut faire aussi l'objet de sûretés réelles, c'est-à-dire affecté au paiement préférentiel d'une dette ou au paiement exclusif de cette dette. Et dans une autre hypothèse, cet actif peut être non pas affecté mais être assorti automatiquement d'un paiement préférentiel. C'est l'hypothèse des privilèges généraux, qui sont également arrangés dans la catégorie des sûretés réelles. Du coup, les chirographaires n'ont rien pour espérer au paiement de leurs créances. Il est donc important que leur préoccupation fasse l'objet d'un traitement équitable¹³⁵, comme recherché dans les procédures collectives.

Cependant, avec l'inflation des sûretés réelles, comme c'est le cas aujourd'hui, bien malin celui qui pourra indiquer celle qui protège mieux les droits du ou des créanciers. Les sûretés les plus efficaces le sont devenues de moins en moins. La propriété qui était jadis la reine des sûretés, parce que qualifiée de *sûreté réelle pas comme les autres*¹³⁶, ne confère plus une garantie suffisante à son titulaire. Ainsi, les sûretés réelles se neutralisent et leur choix devient délicat, les créanciers demandant de plus en plus d'énormes sûretés pour être à l'abri de l'insolvabilité du débiteur. Mais hélas ! Il serait plus souhaitable d'être dans un traitement groupé, ce qui pourrait nourrir un espoir. Et comme on le dit couramment, « *un tient vaut mieux que mille tu l'auras* ». Et le dicton bambara de confirmer que, « *avoir un peu vaut mieux que rien* ». Le plan de sauvegarde de l'entreprise devient la porte sûre du traitement sécurisé des créanciers peu importe leurs statuts.

Quant aux organes judiciaires, il s'agit : du Ministère public, du Tribunal, de son Président et du Juge commissaire. Ils veillent tous à la bonne exécution du concordat et reçoivent les rapports des organes extrajudiciaires sur les insuffisances constatées lors de la mise en œuvre de ce plan. Ils sont également compétents pour statuer sur tous les problèmes relatifs à cet effet.

En outre, il faut reconnaître que dans l'exécution du plan, les titulaires de sûretés réelles sont plus avantagés que ceux chirographaires, parce que leur droit de préférence survit dans la mise en œuvre des accords concordataires.

¹³⁵ Pour l'égalité des créanciers, v. NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », Rev. pro. coll., n°04, juil. 2010, ét. 22. ; NEMEDEU (R.), « Le principe d'égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle », RTD Com. 2008, p.241.

¹³⁶ VALLANSAN (J.), « La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres », Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n°18, nov. 2013, alerte 268, Doc.01, p.01.

B- La survie du droit de préférence

Le titulaire d'une sûreté réelle classique est alloti d'un droit de préférence, c'est-à-dire un paiement préférentiel, notamment prioritaire sur le prix de la réalisation des biens grevés. Qu'en est-il lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de son débiteur ? C'est à cette question que nous tentons de répondre. Nous savons que l'art 18 précédemment cité, pose le principe du maintien des garanties dans les procédures préventives. Mieux, l'exécution du plan suppose son homologation. Or, celle-ci confère aux créanciers un titre exécutoire et au débiteur, l'entière liberté d'administration de ses biens soumis au droit commun d'exécution. En outre, l'art 27 dernier alinéa de l'AUPC révisé dispose que, « *le concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* ». Cette disposition accorde un quitus aux organes de la procédure pour le traitement préférentiel des créanciers dans le redressement judiciaire. L'analyse, a fortiori, nous permet de l'appliquer dans le règlement préventif, surtout que ces deux procédures ont le même objet à savoir, sauver l'entreprise. Ces trois (03) conditions laissent croire une survie du droit de préférence. Celui-ci sera constaté suivant qu'on se trouve dans l'exécution en état du plan, ou lorsqu'un évènement survient entraînant sa modification ou enfin, lorsqu'il y a résolution ou annulation du plan. Mais avant, qu'entend par survie du droit de préférence ?

Par survie, il faut entendre l'état de celui qui survit à un autre, à un évènement, à un péril¹³⁷. C'est également, le fait de survivre, de continuer à exister¹³⁸. Le vocabulaire juridique, nous renseigne que, c'est le « *fait de survivre à quelqu'un, ou de lui avoir survécu*¹³⁹ ». A la lumière de toutes ces définitions, nous pouvons retenir que ce mot signifie avoir vécu après un évènement mortel. En ce qui concerne le droit de préférence, il désigne le droit de certains créanciers (hypothécaires, privilégiés) d'obtenir, par préférence aux autres créanciers généralement chirographaires, paiement sur le produit de la vente du bien saisi¹⁴⁰. C'est aussi le droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payé avant ceux auxquels ils sont préférés. Cette préférence peut être à l'égard soit du chirographaire ou de l'hypothécaire¹⁴¹. De façon ramassée, nous pouvons dire que la survie du droit de préférence est synonyme pour le titulaire de sûreté réelle classique, d'être payé par

¹³⁷ 38Dictionnaires et recueils de correspondances, v. surie.

¹³⁸ Petit Larousse, 2009, v. survie.

¹³⁹ CORNU (G.), Op cit.

¹⁴⁰ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd., v. préférence.

¹⁴¹ CORNU (G.), Ibid.

préférence sur le prix de la réalisation du bien grevé lors de l'exécution du plan, c'est-à-dire lorsque cette hypothèse est envisagée. A défaut, le paiement se fait en tenant compte des délais et remises. Il s'agit, en l'espèce de l'exécution normale du plan.

L'exécution en l'état du concordat incombe au chef de l'entreprise¹⁴². Maintenir l'activité et apurer le passif, tels sont les objectifs visés par le concordat. Mais, quel est le sort réservé au titulaire de sûretés réelles classiques ? Pour le savoir, nous devons nous interroger sur le mode de paiement, c'est-à-dire, si le désintéressement va se faire selon les délais et remises, ou par la cession d'un bien grevé, ou la location gérance d'une branche autonome d'activité, ou totale de l'entreprise. Nous allons retenir les deux premières hypothèses, abstraction faite des autres qui feront, ultérieurement, l'objet d'un traitement détaillé.

A l'échéance du terme, notamment du délai convenu dans le plan, le débiteur doit, en principe payer le créancier, puisqu'il y était tenu. Cette obligation découle du concordat homologué, et également, de la force obligatoire des contrats. A défaut, le créancier détient un acte juridique, lui permettant d'exiger l'exécution forcée. Le débiteur étant *in bonis*, le règlement préventif n'étant plus d'actualité, rien n'empêche, le créancier d'user de l'exécution forcée. Et, le droit lui donne, en la matière, toute la garantie pour agir. Mais, il ne s'agit pas d'une garantie sûre. La force exécutoire n'étant pas assimilable à celle de la chose jugée, le créancier peut se voir opposé une remise en cause de la première. Dans trois arrêts rendus par la Cour de cassation, les juges ont pu estimer que l'obtention d'un titre exécutoire n'écarter pas l'hypothèse d'un second¹⁴³.

Cependant, pour le paiement, le chef d'entreprise est obligé de faire recours à l'argent, un mode de paiement usuel. Mais, le débiteur peut faire recours à d'autres moyens tels que, la compensation, la dation qui permettent d'éteindre automatiquement la dette. La première hypothèse peut découler de la réalisation d'un bien grevé. Dans ce cas également, les droits du titulaire de garantie sont préservés, parce que, rien empêche ce dernier de prévoir dans le concordat, en plus du délai, son désintéressement en cas de réalisation du bien grevé, donc, un éventuel réaménagement du délai à son égard. Il peut demander aussi dans le cas d'espèce son paiement au juge commissaire. A défaut, en principe, les règles du droit commun sont

¹⁴² KOKOU EVELAMENOU (S.), *Le concordat préventif en droit OHADA*, Op cit. p.197.

¹⁴³ Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-15.778, FS P+B : JurisData n° 2016-002522 ; Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-13.945, FS P+B : JurisData n° 2016-002518 ; Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-13.991, FS P+B : JurisData n° 2016-002521, JCP G 2016, n°15, note PIEDELIEVRE (St.).

applicables, parce, le règlement préventif n'est plus d'actualité et aucune autre procédure collective n'est ouverte à l'encontre du débiteur.

L'exécution du concordat peut être assortie de modifications par la juridiction compétente et cela à la demande du débiteur et sur rapport du syndic. Elle n'intervient que lorsqu'elle permet d'accélérer l'exécution du plan ou de garantir davantage les droits des parties. Cette situation est prévue par le législateur en ces termes : « *à la demande du débiteur et sur rapport du syndic chargé du contrôle de l'exécution du concordat préventif s'il en a été désigné un, la juridiction compétente peut décider toute modification de nature à abréger ou à favoriser cette exécution*¹⁴⁴ ». Cet état de fait se comprend aisément. Il est le fruit des difficultés rencontrées dans l'accord initial dans lequel le législateur avait prévu des dispositions semblables à celles précédemment évoquées. Il en va de même en droit français qui admet au chef d'entreprise la possibilité de demander au tribunal toute modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan¹⁴⁵. Ainsi, la jurisprudence française permet au débiteur, notamment, lorsqu'il envisage de renforcer ses fonds propres et faciliter son développement, de demander une modification, en proposant aux créanciers un remboursement plus rapide, en contrepartie d'un abandon partiel de créance¹⁴⁶. Il en est ainsi, lorsqu'après l'adoption d'un plan, il apparaît que le déficit de l'exploitation qui avait été arrêté, durant la période d'observation, était largement inférieur à la réalité, parce qu'à tort, des stocks déjà vendus, avaient été comptabilisés, de même que des créances douteuses, et qu'on avait omis de tenir compte d'un redressement fiscal¹⁴⁷. Une telle hypothèse peut être également appliquée en droit OHADA.

Le monde des affaires étant mouvant, on comprend l'intérêt de faire recours à la théorie de l'imprévision pour adapter et rééquilibrer la prestation des parties lors de l'exécution du contrat. De même, l'accord homologué sur la base d'une sous-évaluation de l'actif du débiteur ou au mépris de certaines réalités socio-économiques, ne peut être exécuté en bonne et due forme, sans être confronté à des difficultés. C'est pourquoi, le législateur permet une flexibilité en accordant la possibilité pour le débiteur de demander un réaménagement dans l'accord initial. Il s'agit, sans doute, d'un moyen de prévenir l'inexécution du concordat préventif homologué. Et la doctrine pense même qu'il s'agit d'une forme atténuée d'inexécution de la convention

¹⁴⁴ Art21 alinéa 1 de l'AUPCR.

¹⁴⁵ L'art. L. 621-69, du C. com., devenu art. L. 626-26, du C. com..

¹⁴⁶ Versailles, 13^{ème} ch. 15 nov. 2007, Bull. joly sociétés, avr. 2008, p.316, Obs. LUCAS (F.-X) in EVELAMENOU (S. K.), Op cit. p.301.

¹⁴⁷ Trib. Com. Bourg-en-Bresse, 25 sept. 1987 (SA FOURNET), cité par HAEHL (J.-P), « les modifications substantielles des plans de redressement (analyse des premiers jugements) », JCP E 1989, II, 15642, n°7 in EVELAMENOU (S. K.), *Le concordat préventif en droit OHADA*, Op cit.

initiale, parce que le débiteur sollicite généralement une révision des objectifs à la baisse, qui peut parfois s'accompagner d'une révision des moyens à la hausse¹⁴⁸. Nous pensons que quel que soit le nombre de modifications accordées au débiteur, si ce dernier n'est pas apte à faire face aux lois du marché, qui sont sans pitié, elles ne feront que retarder la cessation des paiements et enfoncer davantage ce dernier. Le mieux serait de faire recours à des techniques de restructuration telles que, la fusion, la scission et l'apport partiel d'actif qui sont des moyens permettant de s'adapter à la rude concurrence qui sévit sur nos marchés.

La question se pose de savoir, quel est le sort du titulaire de sûretés réelles classiques. On peut affirmer que ce dernier est protégé quel que soit le mode d'exécution emprunté, parce que les sacrifices demandés aux créanciers en la matière, ne sont pas imposés et sont laissés à leur libre appréciation, notamment, lorsque celui-ci accepte de remettre sa créance afin de prévoir une éventuelle bonne affaire avec le débiteur. Il renonce en même temps à sa sûreté. Et s'il s'agit de celle constituée avec dépossession, il sera obligé de restituer le bien, objet de garantie, puisqu'en principe l'extinction de créance est synonyme de sûreté. Une telle modification de l'accord concordataire est un témoignage du principe de flexibilité dans les relations contractuelles.

Nous avons également l'hypothèse de la résolution ou de l'annulation du concordat qui placent les parties hors du concordat, car il ne s'agit plus de la loi de l'accord homologué, mais plutôt de l'application du droit commun. La raison est simple. Pour la première, elle remet les contractants à l'état initial, c'est-à-dire elle rétroagit, de même que la seconde. L'acte en question est considéré comme n'ayant jamais existé entre eux. Donc, le créancier préférentiel peut invoquer l'exécution forcée de droit commun afin de se faire payer. Cette protection du titulaire de sûretés réelles classiques s'étend aussi en cas de cessation des paiements de son débiteur. Les droits de celui-là seront pris en compte dans le concordat de redressement judiciaire.

Section II : La protection dans le concordat de redressement

La cessation des paiements est une étape importante en droit des procédures collectives. Elle permet d'actionner le traitement curatif en instaurant la discipline collective gage du traitement égalitaire des créanciers, regroupés en masse et représentés par le syndic qui agit en leur nom et pour leur compte. Il a la charge de chercher un compromis entre les intérêts des créanciers et

¹⁴⁸ EVELAMENOU (S. K.), Ibid, p.300.

ceux du débiteur qui sera matérialisé par un acte appelé, *concordat de redressement*. L'ouverture de la procédure qui donne droit à l'élaboration de celui-ci entraîne des conséquences fâcheuses, en l'occurrence, la suspension des poursuites et l'interdiction de paiement des créances antérieures, donc, un moyen de restreindre le champ d'action desdits créanciers. Néanmoins, des protections spécifiques de renforcement de droits sont accordées aux bénéficiaires de sûretés réelles classiques, de la formation du concordat de redressement (Paragraphe I) à son exécution (Paragraphe II), en passant par son vote et l'homologation.

Paragraphe I : Le renforcement des pouvoirs des créanciers lors de la formation et du vote du concordat de redressement

Le concordat de redressement est un accord qui permet d'éviter la liquidation de l'entreprise qui est déjà en cessation des paiements mais non dans une situation irrémédiablement compromise. Il permet d'éviter la liquidation d'un débiteur moribond, sans empiéter les droits des créanciers. Pour ce faire, ces derniers bénéficient d'un traitement collectif dans un plan appelé *concordat de redressement* qui vise d'une part, la protection du débiteur, en l'épargnant d'une situation chaotique, notamment, la fin de l'entreprise et, d'autre part, une protection du créancier muni de privilèges spécifiques. Ainsi, chercher un accord entre les parties devient le maître mot de ce traitement des difficultés. Pour y parvenir, une prise en compte des intérêts des créanciers au moment de la formation (A) et du vote de la convention (B), est nécessaire.

A- La situation renforcée des créanciers lors de la formation du concordat de redressement

Le redressement ainsi que la liquidation répondent à un critère commun, celui de la cessation des paiements. Mais, la notion de cessation des paiements est un terme économique, juridiquement difficile à cerner. Elle « *est l'état où le débiteur se trouve dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible, à l'exclusion des situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face à son actif exigible* »¹⁴⁹. Cette définition du législateur est un espoir, puisque la situation financière du débiteur, bien que critique, n'est pas tout à fait désespérée. Ainsi, une chance de redressement de l'entreprise existe. Un constat s'impose : celui de l'implication du créancier et surtout du titulaire de sûretés réelles dans la réalisation de cette mission, en vue de sauver le débiteur en difficulté, lors de la formation du concordat.

¹⁴⁹ Art 25 alinéa2 de l'AUPC.

L'implication des créanciers suppose que le débiteur demande à ces derniers, des sacrifices, notamment, l'obtention d'un report de délai et la remise des dettes afin de parvenir à la sauvegarde de l'entreprise.

En ce qui concerne, les sacrifices, ils ne sont pas imposés aux titulaires de sûretés réelles spéciales, contrairement aux chirographaires. En plus, la situation des premiers est plus avantageuse que celle des seconds, puisque les titulaires de sûretés réelles ont un droit réel¹⁵⁰ sur les biens objets de sûretés et bénéficient également d'un privilège¹⁵¹ qui se manifeste par leurs droits de préférence sur le prix du bien. Malheureusement, avec la réforme de 2010 qui s'est largement inspirée de celle de 2006 en France, le gage a perdu son statut de contrat réel et ne suppose plus la dépossession du constituant. Ce qui fait que, ces sûretés réelles classiques subissent le même traitement lors de la procédure collective préventive.

Mais, pour garantir le débiteur contre la mauvaise foi des créanciers, le législateur permet au juge d'imposer un délai au créancier récalcitrant et cela, lorsque le délai demandé ne dépasse pas deux (02) ans. La seule exception prévue est celle relative à la preuve d'un délai pouvant mettre en péril l'entreprise.

En ce qui concerne les remises, elles peuvent porter sur tout ou partie de la dette Elles peuvent porter également sur les intérêts, notamment, légaux, conventionnels, compensatoires, moratoires et les majorations. Sur ce point, le nouveau droit reste favorable aux créanciers. Il n'impose aucune obligation de remise tant sur les créanciers privés que publics. Donc, qu'il s'agisse d'un créancier titulaire de sûretés réelles classiques, peu importe sa garantie ou même qu'il ne soit pas garanti, le créancier peut refuser de consentir des remises. En outre, ces intérêts continuent à courir en l'absence de remise, même s'ils ne sont pas échus¹⁵². Cette position du législateur dénote de sa volonté de veiller sur les intérêts en présence.

De tels créanciers bénéficient de l'avertissement immédiat et personnel¹⁵³, dès le dépôt du projet de concordat et leurs points de vue sont demandés par le Syndic¹⁵⁴. Sur ce point, le législateur précise que : « *Dès le dépôt du projet de concordat de redressement judiciaire par le débiteur,*

¹⁵⁰ SOUHAMI (J.), « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », RTD Civ. 2008 p.27.

¹⁵¹ Il s'agit des créanciers munis de sûretés réelles classiques, notamment, le gage, le nantissement et l'hypothèque par opposition à ceux munis de sûretés réelles nouvelles, notamment, les propriétés sûretés ou spécifiques, notamment, les privilèges et le droit de rétention. Cette distinction n'a pas assez d'impact parce que les titulaires de sûretés réelles nouvelles ne subissent pas la foudre du fameux principe de suspension ou d'interdiction de poursuite ou de paiement. Ils échappent aux vicissitudes des procédures collectives.

¹⁵² Art 10 AUPCR.

¹⁵³ Art 119 alinéa3 et 4 de l'AUPCR.

¹⁵⁴ Art 119 alinéa2 de l'AUPCR.

le greffier le communique au syndic qui recueille l'avis des contrôleurs s'il en a été nommé... ». A la lecture de cette disposition, un constat s'impose : celui de recueillir immédiatement l'avis des créanciers-contrôleurs, à partir du dépôt du projet concordataire au greffe du tribunal compétent qui sont, nommés en tenant compte de la composition de la masse des créanciers et de la nature des créances qui la composent. Or, nous savons que parmi celles-ci, figurent celles privilégiées, notamment assorties de sûretés réelles. On voit bien la forte implication des créanciers, car, ils détiennent les biens du patrimoine du débiteur comme garantie. Ce qui, leur confère une préférence sur eux. Ainsi, nous pouvons dire, sans se tromper, que la bonne formation du concordat de redressement est conditionnée à leur accord qui est tributaire du caractère sérieux de celui-ci, position partagée par la jurisprudence¹⁵⁵. Pour la doctrine, cette vision ne souffre d'aucune restriction. Même si la loi ne le précise pas expressément, il doit être sérieux et ne souffrir d'aucune insuffisance pour être adopté¹⁵⁶. D'ailleurs, c'est ce caractère qui conditionne même l'ouverture de la procédure¹⁵⁷. Nous partageons cette position doctrinale, sauf que le caractère sérieux est apprécié en fonction des éléments composites du concordat qui sont eux-mêmes tributaires de l'environnement économique et social de l'entreprise, très difficile à cerner et à prévoir.

Cependant, le train du renforcement des droits des créanciers privilégiés suit son cours. L'avertissement immédiat est consacré en ces termes, « ..., *le greffier avertit immédiatement les créanciers munis d'une sûreté réelle spéciale d'avoir à faire connaître au plus tard à l'expiration du délai prévu par l'article 88 ci-dessus, s'ils acceptent ces propositions concordataires ou entendent accorder des délais et des remises différents de ceux proposés et lesquels* »¹⁵⁸. De cette disposition jaillit la volonté de renforcer les prérogatives des créanciers. Mais également, elle dénote le rôle du greffier en tant qu'intermédiaire qui agit comme facilitateur, en recueillant des informations pour autrui. De ce fait, le législateur érige implicitement ce dernier en un organe de la procédure.

Cette information est prévue par l'art 119 al. 4 de l'AUPCR. Cet article, dispose que « *les créanciers doivent être avertis personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite contenant un exemplaire des propositions*

¹⁵⁵ Sur cette question, v. Cour d'Appel du Litoral, Arrêt n°040/C du 16 mars 2012, ETS But C/ Moulin d'Afrique, in KALIEU ELONGO (Y. R), *Le Droit des procédures collectives de l'OHADA*, Op cit. p.136.

¹⁵⁶ KALIEU ELONGO (Y. R), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Op cit., p. 136.

¹⁵⁷ KANE EBANGA (P.), « La nature juridique du concordat du redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », Ohadata D-08-23, p.01.

¹⁵⁸ Art119 alinéa 3 de l'AUPCR.

concordataires. Le délai prévu par l'article 88 ci-dessus court dès la réception de cet avertissement ». Cette disposition de l'alinéa 4 nous édifie davantage sur la volonté affirmée du législateur de renforcer les avantages des créanciers. Elle consacre le bénéfice de l'information personnelle ou individuelle en leur faveur. Cependant, la question se pose de savoir quel est l'intérêt de celle-ci. Mais avant, tentons de déterminer la portée de cette disposition.

Loin d'être un simple avertissement, il s'agit d'un véritable devoir d'information imposé au greffier. Son inobservation est sanctionnée par l'inopposabilité de la forclusion¹⁵⁹. Donc, le créancier en question ne pourrait plus se voir opposer le bénéfice de l'article 88. C'est une dérogation au point de départ du délai de droit commun, qui commence à partir de l'insertion de l'avis dans un journal d'annonce légale. Cependant, il est tenu au délai de soixante jours et de quatre-vingt-dix jours pour ceux qui sont domiciliés hors du territoire¹⁶⁰. Il s'agit d'un délai légal, qui intervient après une seconde publication audit journal.

Cette précision législative simplifie le régime de la protection des créanciers, tout en le rendant plus efficace. Désormais, ils n'auront plus à agir dans le cadre flou d'une déclaration d'inopposabilité de la forclusion. En droit français, le délai de déclaration ne court qu'à partir de l'avertissement personnel. Ce qui pourrait dire qu'à défaut de celui-ci, par lettre recommandée avec accusé de réception, la forclusion ne pourrait courir à son égard. Par contre, dans le souci de renforcer les droits des créanciers, le droit OHADA a ajouté l'avertissement immédiat. Donc, le créancier privilégié qui a régulièrement publié sa sûreté bénéficie non seulement de l'avertissement individuel¹⁶¹ mais également de façon immédiate. Cependant, il est de coutume de dire que *savoir courir est bien, mais savoir décoller à temps est encore mieux*. Ce qui laisse supposer que le créancier ne doit pas attendre la clôture de la procédure pour déclarer. Il doit plutôt le faire bien avant. La jurisprudence française est favorable à cette question et aborde dans le même sens¹⁶². Une solution semblable est transposable en droit OHADA. Néanmoins, le créancier non averti et n'ayant pas déclaré sa créance doit pouvoir bénéficier du relevé de forclusion, puisque l'événement qui met en mouvement ledit délai n'est plus d'actualité.

¹⁵⁹ C. S. Congo, chambre commerciale, Arrêt n°02/GSC.01, n°127 du 27/04/2001 in KALIEU ELONGO (Y. R), Ibid. p.121.

¹⁶⁰ Contrairement de l'ancien droit qui prévoyait soixante jours.

¹⁶¹ Art 79 AUPCR.

¹⁶² Com. 14 mars 2000, n°97-20.715, Bull. civ. IV, n° 56, Obs. LIENARD, D. 2000. AJ 167.

Quid du créancier qui a été averti personnellement et qui n'a pas pu déclarer dans le délai ? En droit français, ce dernier est allotté du bénéfice de relevé de forclusion, à condition de présenter sa demande dans le délai de six mois à compter de la réception de l'avis¹⁶³. Par contre, en droit OHADA, ce délai est de deux mois¹⁶⁴, ce qui, à notre avis, est plus raisonnable et dénote de la volonté du législateur d'accélérer le traitement des difficultés. Son inobservation est synonyme d'inopposabilité de la créance à la masse des créanciers. Ainsi, la déclaration est nécessaire, parce qu'elle permet de conserver les actions du créancier. C'est cette position que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a défendu en ces termes, *si la forclusion n'est pas opposable au créancier titulaire d'un contrat publié dès lors qu'il n'a pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, celui-ci reste néanmoins tenu de déclarer sa créance pour agir contre la caution*¹⁶⁵.

Ces créanciers conservent également, le bénéfice de leur sûreté et cela, qu'ils aient ou non souscrit à la déclaration des créances et quelle que soit la teneur de celle-ci, sauf disposition contraire de l'Acte uniforme ou s'ils renoncent expressément à leur sûreté¹⁶⁶. Mais, si celle-ci a fait l'objet de contestation, la créance en question est admise à titre chirographaire. Cependant, cela ne suffit pas. Les créanciers réunis en masse doivent voter le concordat afin que celui-ci soit valable.

B- Le renforcement des droits des créanciers lors du vote du concordat de redressement

Après la survie des sûretés réelles classiques lors de l'élaboration de l'accord concordataire, les créanciers, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés sont autorisés à voter ce dernier. Pour ce faire, ils sont convoqués¹⁶⁷ et peu importe qu'ils aient consenti un délai ou une remise, parce que, même en l'absence de ceux-ci, le concordat doit être par votation. C'est ce qui est prévu par les dispositions de l'art.125 alinéa 1 en ces termes, « *après remise du rapport du syndic, la juridiction compétente fait procéder au vote* ».

Le vote est défini comme un *acte par lequel un citoyen participe en se prononçant dans un sens déterminé au choix de ses représentants ou à la prise d'une décision*. Il peut revêtir de multiples

¹⁶³ C. com., art. L. 622-26 al. 3, mod. Ord. n° 2008-1345, du 18 déc. 2008 et celui n°2014-326, 12 mars 2014 in LIENHARD (A.), « Le patrimoine de l'entreprise, Procédures collectives », D. 2017.

¹⁶⁴ Art 78 AUPCR.

¹⁶⁵ LIENHARD (A.), Ibid.

¹⁶⁶ Art 121 alinéa 1 de l'AUPCr.

¹⁶⁷ Art 122 alinéa 1 de l'AUPCr.

formes et avoir selon les cas, un caractère facultatif, obligatoire, préférentiel, public, secret, ou se faire par correspondance, par procuration, par délégation, et même être bloqué. Malheureusement, le législateur ne nous renseigne pas suffisamment sur sa forme, car ce dernier s'est contenté de dire que, *le vote par correspondance et par procuration sont admis*. C'est pourquoi, le créancier est libre dans son choix conformément au principe de la liberté, abstraction faite des deux derniers dont l'utilisation peut paraître maladroite. Ainsi, ne serait-il pas mieux d'indiquer le choix ou, à défaut de procéder à un choix limité, puisqu'un créancier peut, par son abstention, retarder l'adoption du projet concordataire. Une fois cette question épuisée, celle des personnes devant assister se pose avec acuité.

La question des personnes qui doivent assister au vote du concordat de redressement n'est pas résolue. Elle concerne, le débiteur, les créanciers chirographaires, le tribunal compétent, le Ministère public, le juge commissaire, le syndic et surtout les créanciers privilégiés¹⁶⁸ ou munis de sûretés réelles. Malheureusement, le législateur ne nous informe pas sur la conduite à tenir, en cas d'absence de l'un de ces acteurs. Est-ce à dire que celle-ci n'aura pas d'impact sur son adoption ? Cette question reste entière.

En ce qui concerne les créanciers antérieurs¹⁶⁹, les sacrifices demandés, de nature à contribuer au redressement de l'entreprise sont entre autres, la remise des dettes, l'obtention de nouveaux délais. Avec l'ancien AUPC, lorsque le délai n'excédait pas deux ans, le concordat était homologué automatiquement par la juridiction compétente sans vote¹⁷⁰. Pour renforcer davantage les prérogatives desdits créanciers, les nouvelles dispositions de l'Acte uniforme¹⁷¹ précisent qu'en l'absence de sacrifices consentis, le concordat doit faire l'objet de *vote*. En revanche, les créanciers munis de sûretés, qui ont fait l'objet de contestation, sont admis à titre chirographaire et n'ont, en général, pas consenti de délai ni de remise. Et pourtant, ils sont habilités à voter. Et, les titulaires de sûretés réelles dont les créances ont été admises ne sont obligés qu'aux délais consentis par eux lorsque ceux-ci dépassent deux ans¹⁷² à la différence des chirographaires qui peuvent se les voir imposés par le syndic. Cette situation est une atteinte

¹⁶⁸ Art 121 dernier alinéa. Ce dernier dispose que, « *les créanciers munis de privilèges généraux prennent part au vote dans les mêmes conditions que les créanciers chirographaires mais sans perdre le bénéfice de leurs privilèges* ».

¹⁶⁹ C'est seulement les créanciers antérieurs qui sont concernés par cette opération de vote et non ceux postérieurs. Donc, il s'agit de ceux dans la masse et non de la masse. Bien vrai qu'actuellement tous les créanciers postérieurs ne bénéficient pas d'une priorité de paiement.

¹⁷⁰ ART 127 AUPCA.

¹⁷¹ Art. 122 de l'AUPCR.

¹⁷² Art 134 alinéa 2 de l'AUPC initial.

au principe d'égalité des créanciers¹⁷³. Ceci étant, la prise de décision qui sanctionne le vote est soumise à des conditions. Le législateur en impose deux. Il s'agit de celle de la majorité, d'une part, ou de celle de la moitié des votants, d'autre part. Ces deux critères doivent être précisés. Pour le premier, on parle de celle en nombre, c'est-à-dire la majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement. Cependant, en l'absence de précision, la question de la majorité en nombre, peut prêter à interprétation ou à confusion¹⁷⁴. Et, chacune de ces composantes comporte des variantes. Mais, celle qui nous intéresse se trouve dans l'assemblée délibérative, ou un collège électoral. Elle est le *total des voix qui l'emporte par son nombre lors d'une élection ou du vote d'une décision*. Elle comporte plusieurs variantes. Elle peut être *absolue, qualifiée, relative ou même simple*¹⁷⁵. Cependant, dans le silence de la loi, c'est celle relative ou simple qui prévaut. Elle est le *total des voix supérieur à celui de chacun des concurrents, suffisant pour l'emporter quand la loi n'exige pas une majorité absolue ou qualifiée*. Et pour le second, notamment la moitié, elle est définie comme l'une des parties d'un tout divisé en deux parties égales¹⁷⁶. Mais, ces conditions sont cumulatives et non alternatives. Donc, si l'une fait défaut, le vote est reporté sous huitaine. Et en la matière, le procès-verbal qui est adopté par le tribunal compétent après constatation par décision de la réunion des conditions de vote, vaut homologation de l'accord. Dans le cas contraire, il constate le rejet et prononce la liquidation du débiteur. Telle a été la position adoptée par les juges d'un tribunal qui ont estimé que les conditions de majorité n'étaient pas réunies et ont prononcé après constatation, la liquidation des biens¹⁷⁷. En l'espèce, sur une dette de deux milliards deux cent soixante-quinze mille millions sept cent quatre-vingt-huit mille cinq cent soixante-sept francs CFA (2 275 788 567 frs), les créanciers¹⁷⁸ détenaient, une créance d'un milliard neuf cent quinze millions six cent soixante mille quatre cent quatre-vingt et dix francs CFA (1 915 660 490 frs).

La présence des créanciers chirographaires et privilégiés est capitale lors du vote. Mais, elle n'est pas incontournable, surtout, pour ceux qui ont été informés et n'ont pas procédé à la

¹⁷³ NEMEDEU (R.), « Le principe d'égalité des créanciers : Vers une double mutation conceptuelle (Etude à la lumière du droit français et OHADA des entreprises en difficulté) », RTD Com. 2008, p.241. Dans le même sens, v. NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », Rév. proc. coll. n°4, juillet 2010, étude 22, p.08.

¹⁷⁴ Nous avons, celle issue d'une assemblée délibérative ou un collège électoral, d'une société, d'un individu, et enfin celle politique.

¹⁷⁵ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op. cit., v. Majorité.

¹⁷⁶ 38 Dictionnaires et recueils de correspondances, v. Moitié.

¹⁷⁷ Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement commercial n°135 du 11 mars 2005, Ohada.com/ Ohadata J-09-338.

¹⁷⁸ Il s'agissait de la SGBS, CBAO et BST.

déclaration de créance. Ils sont considérés comme ayant accepté les accords concordataires et le vote leur est opposable. Mais, il s'agit des créanciers antérieurs.

Cependant, force est de constater que la notion de créances antérieures dans les procédures collectives, est controversée, car, sa nature peut être à l'origine de cet état de fait, notamment, contractuel¹⁷⁹. Et, lorsqu'il s'agit d'un contrat à exécution instantanée, le problème ne se pose pas, parce que, le fait générateur de la créance est instantané. Par contre, en matière de contrat à exécution successive, se pose la lancinante question de la date de naissance de la créance. Entre la date de la formation et celle de l'exécution du contrat, laquelle serait prise en compte pour déterminer l'antériorité ou la postériorité de la créance ? Le législateur reste silencieux en la matière. Mais, une partie de la doctrine¹⁸⁰ pense que, celle-ci est née dès la formation de l'accord, c'est-à-dire que, le fait générateur est né dès qu'on est convenu. Donc, dès l'instant que la source de l'obligation est antérieure à l'ouverture de la procédure, le créancier en question est admis au vote après production de sa créance. L'inconvénient de cette théorie est que, le débiteur n'est pas encore le bénéficiaire. C'est le cas par exemple, d'une créance de prix, née après la livraison. Raison pour laquelle, une autre partie de la doctrine¹⁸¹ soutient que pour régler la question, il faudra observer la date de livraison ou de prestation. Ainsi, une créance supposée antérieure peut devenir postérieure et ne plus faire partie du vote. De même, une créance véritablement antérieure peut devenir postérieure. L'exemple le plus illustratif est celui d'un constructeur d'immeuble qui, avant le début des travaux de construction se trouve dans une position de créancier antérieur mais qui, à la fin des travaux peut se retrouver en position de créancier postérieur. Du moment où, ce contrat est indivisible, on permet au constructeur d'être payé comme créancier postérieur, car, son paiement n'est dû qu'après la réception de l'ouvrage par son maître. Donc, le maître d'œuvre serait tenu de déclarer sa créance dans la procédure de son maître d'ouvrage, mais il ne pourrait pas le faire valoir, sauf à lui reconnaître la « double casquette ». Or, le contrat en question est analysé comme un tout indivisible pour sa propre protection.

Dans tous les cas, le titulaire de garantie réelle va toujours garder sa sûreté. Et, c'est même l'occasion pour lui d'être payé, sur le fruit de la réalisation du bien grevé, c'est-à-dire d'exercer son droit de préférence, ou d'actionner son pacte commissaire, si cette possibilité avait été

¹⁷⁹ THOMASSIN (N.), « La date de naissance des créances contractuelles », RTD Com. 2007 p. 655.

¹⁸⁰ THOMASSIN (N.), Ibid., n°1.

¹⁸¹ BARON (F.), La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives, RTD Com. 2001, p.1 ; GARREAU (C.), La saisie-attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles, RTD Com., 2004, p. 413, n°5.

convenue. Puisque, le débiteur étant en cessation de paiement, il ne sert à rien d'entacher les droits des créanciers titulaires de sûretés¹⁸². Même si parfois, ce paiement peut être partiel ou concurrencé. Mais, force est de constater, qu'en droit OHADA, lorsqu'une procédure collective et de surcroît de cessation de paiement est ouverte, le paiement des créanciers devient l'objectif premier¹⁸³. L'exigence de la présence des créanciers pour voter l'accord de ce paiement, dénote cette volonté. Toutefois, pour rendre cette convention plus efficace et contraignante, elle doit être homologuée avant être exécutée.

Paragraphe II : Le renforcement des pouvoirs des créanciers lors de l'homologation et de l'exécution du concordat

Le législateur OHADA a mis l'accent sur le désintéressement du créancier lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de son débiteur. Cependant, celui-ci passe par des négociations et les accords entre les parties. Cette lourde tâche revient au syndic, spécialiste en diagnostic financier et grand facilitateur qui aura pour but de mener un combat devant aboutir à l'élaboration d'un vaste projet, dénommé projet concordataire, adopté par le mécanisme démocratique. C'est à l'issue de ce long processus que la juridiction compétente fera le constat de la prise en compte des intérêts des parties par décision (A), le procès-verbal du vote valant homologation¹⁸⁴(B) car, il ne s'agit plus d'une prévention-détection, ni d'une prévention-traitement, mais d'un traitement curatif.

A- La prise en compte des intérêts des créanciers lors de l'homologation du concordat

L'accord concordataire voté est ensuite homologué¹⁸⁵. C'est ce qui ressort des dispositions précédemment citées. Toutefois, cette homologation exige des conditions, notamment des critères. Mais avant qu'est-ce qu'une homologation ? Elle est définie comme étant une *approbation judiciaire à laquelle la loi subordonne certains actes et qui supposent du juge un contrôle de légalité et souvent un contrôle d'opportunité, confère à l'acte homologué la force exécutoire d'une décision de justice*. Elle intervient dans une situation grave, celle du débiteur

¹⁸² CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés, Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives », Droit et patrimoine, n°523, Déc. 2015, p. 62.

¹⁸³ SAWADOGO (F. M), Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2012, p. 1139.

¹⁸⁴ Art 126 alinéa 2 de l'AUPCR, v. KALIEU ELONGO (Y. R), Op. cit., p. 141.

¹⁸⁵ V. KANTE (A.), Réflexion sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), EDJA, n°52, janvier-février-mars 2002, p. 50. Cet auteur estime que c'est l'homologation qui rend le concordat obligatoire à l'égard de tous les créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure collective. En plus, celle-ci donne à l'acte homologué, la force exécutoire permettant d'exiger son application.

en cessation des paiements. C'est pourquoi, elle est plus contraignante et plus rigoureuse. Ainsi, ses créanciers sont aux abois, sauf ceux privilégiés ou munis de sûretés réelles. Mais, faudrait-il que leurs statuts puissent servir d'écran entre l'insolvabilité du débiteur et leur paiement, parce que la garantie n'a d'intérêt, que lorsqu'elle peut faire face à l'impayé.

Parmi, les conditions exigées, nous avons le caractère sérieux du concordat, permettant le *redressement* et en même temps l'*apurement du passif*. Ces deux critères sont interdépendants, car le dernier qui paraît plus attractif pour le créancier ne peut être effectif que lorsque, l'entreprise recouvre sa santé économique et financière. Ainsi, l'intérêt de l'entreprise est égal à celui de ses partenaires. Les juges de la haute cour sont tellement rigoureux dans l'application de ces critères, qu'ils ont pu estimer que l'appréciation du caractère sérieux d'un accord concordataire relève de leur pouvoir souverain¹⁸⁶ et qu'il n'était pas nécessaire de désigner au préalable un expert¹⁸⁷. Or, en la matière, le rapport de celui-ci constitue une source d'inspiration, à ne pas négliger, même s'il ne lie pas les juges, car ceux-ci étant limités dans leur formation, ils sont obligés, dans certains cas, de faire recours à l'expertise d'une tierce personne pour davantage motiver leurs décisions. Une telle attitude pourrait éviter les homologations précoces, qui entraînent la liquidation. Or, avec la nouvelle orientation de ce droit, vers la prévention, il a été jugé qu'au cours de la liquidation des biens, lorsqu'un débiteur présente des chances de redressement et propose un projet de concordat conforme à celui préventif, il y a lieu de l'homologuer et d'admettre ce dernier en règlement préventif¹⁸⁸. Cette situation dénote la fragilité du système de traitement des difficultés des entreprises. Elle appelle à plus de rigueur dans le processus d'homologation.

En outre, la réforme a permis d'introduire une dernière condition, celle de la prise en compte d'une autre catégorie de créance dénommée *privilège de new-money*¹⁸⁹. Cette condition renferme des variantes. Il s'agit d'abord de ceux qui ont apporté de l'argent frais (new money), ensuite de nouveaux biens et enfin, de nouveaux services¹⁹⁰. Ce sont tous ces créanciers qui

¹⁸⁶ Com. 27 Oct. 1998, Arrêt n°1720 D et 1590 D in RTD Com. 1999, p.955. Dans cet arrêt, le juge estime que l'appréciation du caractère sérieux du plan, nécessite l'apurement du passif. Donc, le caractère sérieux est conditionné à la possibilité d'éponger tout le passif.

¹⁸⁷ CCJA, Arrêt n° 032/2011 du 08 déc. 2011, aff Socalib C/ Collectif des travailleurs de la socalib, in OHADA, Code bleu, textes annotés, Juriafrica, 3^{ème} éd. 2014, p.617.

¹⁸⁸ Tribunal régional hors classe de Dakar, jugement commercial n°06 du 09 janv. 2004, affaires Iprès C/ Eurafricaines, Ohadata J-04-259 in MOHO FOPA (E. A), Réflexion critique sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA, Mémoire de DEA, Université de Dschang/CAMEROUN, 2007.

¹⁸⁹ KALIEU ELONGO (Y. R), Op. cit. p.141.

¹⁹⁰ V. les arts 5-11, 11-1 et 33-1 de l'AUPCR. Ces articles instaurent une priorité de paiement à la forme française de l'article 40 de la loi du 25 janv. 1985 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

sont visés. Ceux-ci vont servir de levier pour le redressement et paiement rapide des créanciers antérieurs. Ainsi, leur droit doit être sérieusement protégé.

Quant aux créanciers munis de sûretés réelles, ils ne perdent pas leurs sûretés. Cette situation est organisée en ces termes, « *les créanciers dont la créance est garantie par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général conservent le bénéfice de leur sûreté, qu'ils aient ou non souscrit à la déclaration prévue à l'article 120 ci-dessus et quelle que soit la teneur de cette déclaration. Sauf disposition contraire du présent Acte uniforme ou renonciation expresse de leur part à leur sûreté* ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que le créancier, qu'il soit gagiste, nanti ou créancier hypothécaire garde l'avantage de sa garantie et même de sa préférence, puisqu'une sûreté sans préférence est comme une rivière sans eau, qui ne sert absolument à rien. Donc, protéger le titulaire de garantie réelle classique équivaut à faire prévaloir ses droits dans la procédure collective. Et c'est ce que le législateur a fait, en autorisant un traitement différencié, des créanciers selon leur statut dans le concordat.

En outre, les sûretés contestées ne sont pas laissées en rade, leur sort est pris en compte. Les créanciers doivent produire en principe leur créance y compris les accessoires. Mais, puisqu'il s'agit d'une contestation, pour leur protection, ils sont admis à titre chirographaire. La prise en compte de leur intérêt ne doit souffrir d'aucune ambiguïté, car le plan doit permettre le règlement de toutes les créances y compris celles contestées¹⁹¹. Malheureusement, tel n'est pas toujours le cas, des plans continuent à être homologués sans qu'ils ne prennent en compte tous ces aspects¹⁹².

Quid du sort du créancier muni de sûreté réelle en cas d'homologation du concordat avant l'expiration du délai de déclaration ? Deux hypothèses sont en jeu, celle du créancier averti ou non. Ce dernier se verrait privé du droit de déclarer puisque le délai court à compter de l'avertissement. A l'inverse, il serait admis à déclarer sa créance et n'aurait pas besoin de demander le relever de forclusion¹⁹³, puisque celui-ci suppose un avertissement personnel. Il participera à la distribution de dividendes, mais, ne pourrait pas bénéficier de la répartition antérieure. Il prendra le train à la date de la déclaration. La jurisprudence est tellement sensible à la protection du prêteur, qu'elle a décidé de valider la créance litigieuse, au motif que l'obligation naturelle s'est novée en celle civile entraînant des réparations. Même si cette décision est critiquable, elle puise sa source dans une disposition législative selon laquelle, *la*

¹⁹¹ Com. 6 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°08, D. Affaires 1998. 205.

¹⁹² Com. 6 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°08, D. Affaires 1998. 927.

¹⁹³ DERRIDA (F.), SORTAIS (J.-P.), « La réforme du droit des entreprises en difficulté », D. 1994, p.267.

*répétition n'est pas admise à l'égard des obligations naturelles qui ont été acquittées volontairement*¹⁹⁴. En l'espèce, la société en difficulté avait souscrit une obligation naturelle à l'égard du créancier, muée en obligation civile par l'effet du jugement d'homologation. Ainsi, la décision d'homologation vient d'octroyer l'effet novateur¹⁹⁵. Les juges arguaient en sus, *l'extrême brièveté de la période d'observation et l'absence de réserve des créances non déclarées*. Ces derniers critères sont très importants, parce que le premier est à la base des plans précoces. Et le second, expose l'absence de diligence du débiteur. Cette position jurisprudentielle est soutenable, parce qu'elle renforce davantage la protection du créancier privilégié et confirme également la dépendance du droit des entreprises en difficulté.

Le plan peut également prévoir la cession de l'activité. Celle-ci est soit partielle ou totale. Elle se différencie de celle qui peut être convenue en dehors du plan. Ce dernier est plus protecteur des intérêts du titulaire de sûreté réelle classique, parce que mené en dehors du redressement judiciaire. Donc, les règles applicables sont celles du droit commun. Ainsi, le créancier hypothécaire va primer sur les autres créanciers après l'adjudication¹⁹⁶ de même que le gagiste et le nanti. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une cession concordataire, en plus du fait d'être soumis aux délais consentis ils vont se voir concurrencés par d'autres créanciers, notamment, ceux de la conciliation et de la procédure¹⁹⁷. Malheureusement, le plan est homologué en tenant compte de ses spécificités. Cela n'enlève à rien, la protection des créanciers, parce que rien ne les empêche de prévoir dans le plan un paiement sur la réalisation des biens grevés. Et c'est d'ailleurs leur droit le plus absolu.

L'homologation est une étape importante dans le cadre du concordat. Elle met fin au redressement judiciaire. Pour ce faire, toutes les diligences nécessaires doivent être effectuées afin de préserver les intérêts en jeu. Le tribunal compétent peut, comme en matière de règlement préventif, désigner le syndic et les contrôleurs afin de surveiller son exécution¹⁹⁸. Le débiteur recouvre sa liberté d'administration. Le syndic qui représente les intérêts des créanciers, rend son rapport sanctionnant la fin de sa mission qui peut être prorogée dans le cadre de la

¹⁹⁴ Art 1235 alinéa 2 du Code civil français.

¹⁹⁵ LIENHARD (A.), « Sort des créanciers en cas d'homologation d'un plan de continuation avant l'expiration du délai de déclaration », D. 2000, p.360.

¹⁹⁶ CROCQ (P.), « L'hypothèque, Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective, Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire », RTD Civ. 1996 p.433.

¹⁹⁷ CAGNOLI (P.), « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », Revue des procédures collectives n°03, mai 2015, Dossier 39, p.03.

¹⁹⁸ KALIEU ELONGO (Y. R), *Le droit des procédures collectives OHADA*, Op. cit. p.143.

préservation des intérêts des créanciers lors de l'exécution ou de la mise en œuvre des accords concordataires.

B- La prise en compte des intérêts des créanciers lors de l'exécution du concordat

Une fois formé, le concordat doit être exécuté. En effet, l'exécution est l'*accomplissement, par le débiteur de la prestation due, le fait de remplir son obligation (impliquant satisfaction donnée au créancier)*. Et plus généralement, elle est la *réalisation effective des dispositions d'une convention ou d'un jugement (qui peut ne procurer au créancier qu'une satisfaction par équivalence)*. Par extension, elle désigne la *sanction tendant à obtenir, au besoin par la contrainte, l'accomplissement d'une obligation*¹⁹⁹. Dans le cas d'espèce, il s'agit plutôt d'un accomplissement par le débiteur de la prestation due, même si la nature juridique dudit concordat est controversée²⁰⁰, puisque nous sommes en présence d'une prestation due par le débiteur d'une obligation²⁰¹. L'exécution par définition, est également le paiement effectué par le débiteur. Donc, payer en droit signifie exécuter. Toutefois, il peut arriver des cas d'annulation ou de résolution. La première d'une part renferme en elle des variantes, notamment, les délais consentis et la cession. Et d'autre part, la seconde peut résulter de la volonté d'abréger l'exécution.

L'exécution en l'état s'apparente à celle du règlement préventif. Le créancier n'est tenu que par le délai et remise consentis par lui. Il recouvre également son droit individuel, car celui collectif est dissout par l'effet de l'homologation²⁰². Mais, il reste lié à l'accord homologué. La question qui se pose est relative au sort du prix du bien grevé en cas de vente, notamment celui prévu dans le plan ? Cependant, cette hypothèse renferme en elle deux variantes, celle de la vente prévue par la décision d'homologation et celle en présence d'une interdiction. Ceci étant, serait-il envisageable que le créancier soit payé sur le fruit de la réalisation du bien affecté ?

Sur cette question, le législateur semble ne pas donner une réponse satisfaisante, car il le laisse primer par les créanciers conciliants et ceux de la procédure, sans oublier les frais de la justice et les superprivileges des salariés²⁰³. Donc, pour qu'il puisse obtenir paiement, il faut que la

¹⁹⁹ CORNU (G.), dir, Vocabulaire juridique, Op. cit., v. exécution.

²⁰⁰ KANE EBANGA (P.), « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire en droit OHADA », Ohadata D-08-23.

²⁰¹ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd., v. prestation.

²⁰² La masse des créanciers est dissoute par l'effet de l'homologation. Ce qui donne aux créanciers le droit de poursuite individuel, mais dans le respect du droit concordataire.

²⁰³ Art133 alinéa 4, cet alinéa dispose que, « *Le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu aux articles 166 et 167 ci-dessus* ».

somme en question soit suffisante. A contrario, il ne serait pas payé ou du moins partiellement²⁰⁴. Mais, cela n'entame en rien leur protection, parce que la jurisprudence impose d'autres critères²⁰⁵. Par exemple, lors de la réalisation d'un immeuble grevé, les créances qui n'ont pas servi, même étant privilégiées ne vont pas primer l'hypothécaire. Ce dernier serait payé avant les autres²⁰⁶. Cette solution est applicable en matière mobilière en absence d'un droit de rétention. En revanche, en présence d'une interdiction, celle-ci doit être levée avant de procéder à la cession. Cependant, le droit applicable reste le même.

Le concordat de redressement peut être également modifié. C'est ce qui ressort du nouveau droit. Jadis formellement interdit²⁰⁷, cette opportunité qui concourt à la sécurisation contractuelle est aujourd'hui prévue par le législateur en ces termes, « *A tout moment de l'exécution du concordat de redressement judiciaire, le débiteur, le juge commissaire sur rapport du syndic ou les créanciers représentant plus de la moitié de la valeur des créances totales peuvent demander au président de la juridiction compétente la modification du concordat en vue d'en favoriser l'exécution* ». Se faisant, le mythe de l'intangibilité du concordat de redressement judiciaire vient de s'estomper laissant la place à celui du changement. La même solution est applicable en présence d'une cession entraînant la modification du plan.

En outre, le concordat de redressement peut comporter une cession totale ou partielle d'actif différemment de celle pouvant être prévue dans la liquidation²⁰⁸. Ce cas d'espèce est prévu par l'article 131 alinéa 2 qui dispose : « *la cession totale ou partielle d'actif peut concerner tout ou partie des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles* ». Cette disposition nous renseigne que, tout ou partie des biens du débiteur peuvent faire l'objet de vente afin de régler le problème de la liquidité, l'entreprise ayant sérieusement besoin de crédits. A défaut de recourir à un nouveau partenaire financier, celui-ci peut vendre certains de ses biens ou leur

²⁰⁴ CAGNOLI (P.), « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », Op. cit. p.03.

²⁰⁵ Il s'agit de l'utilité de la créance à la réalisation du bien. C'est-à-dire que la créance en question doit servir à la réalisation de la chose grevée pour prétendre à être prioritaire.

²⁰⁶ CROCQ (P.), « Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire », Op. cit.

²⁰⁷ Cette interdiction de modifier le concordat de redressement s'étend non seulement aux créanciers, au débiteur mais également au tribunal. Celle-ci a été fortement critiquée par la doctrine ; v. MBAYE (M.), « Réflexion sur la modification du concordat préventif en droit OHADA », Ohadata D-09-40.

²⁰⁸ CAGNOLI (P.), « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles, Revue des procédures collectives », Op. cit., p.05.

totalité dans le but de recouvrer une santé économique et financière et parvenir à sauvegarder les emplois.

Dans cette optique, le sort du créancier titulaire de garantie réelle classique est sérieusement pris en compte, parce que le tribunal compétent ne peut homologuer le concordat contenant la cession d'actif que :

- ***Si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition et acceptation des dispositions de l'article 168²⁰⁹ ci-dessus.***
- ***Et si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux (02) ans et sont garantis par le cautionnement d'un établissement bancaire²¹⁰.***

Ces critères imposés au juge afin d'homologuer la cession, forment un bouclier invincible. A la différence du droit français, le droit OHADA est protecteur des intérêts des créanciers et surtout de ceux titulaires de garanties réelles spéciales. Cette position législative ne souffre d'aucune ambiguïté parce que le plan doit permettre l'apurement total du passif²¹¹. En plus, l'OHADA vient de répondre davantage à une grande attente des investisseurs, notamment les pourvoyeurs de crédits qui reprochaient à l'ancien droit de ne pas suffisamment prendre en compte leurs intérêts, puisque la sûreté n'a d'intérêt que lorsqu'elle peut faire face à l'insolvabilité du débiteur et cela, quelles que soient les circonstances.

Après la sécurisation des droits du titulaire de sûreté contre son débiteur dans le cadre de la cession, son rapport avec le cessionnaire n'a pas été aussi négligé. Il dispose d'un droit d'agir afin d'obtenir un paiement intégral en l'absence de celui-ci. C'est l'hypothèse selon laquelle, *lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti, par cette sûreté, désintéressé²¹²*. En l'absence de paiement total, la règle de la cession n'emporte purge vient d'être consacrée en faveur du créancier. Comme pour dire que, ce qui compte dans

²⁰⁹ Cet article, dispose que, « *si le prix de vente d'un bien spécialement affecté à une sûreté est insuffisant à payer la créance en principal et intérêts, le créancier titulaire de cette sûreté est traité, pour le reliquat de sa créance comme est créancier chirographaire* ». Cet article dénote la volonté du législateur d'apurer toute la créance de celui-ci nonobstant l'insuffisance du prix de la réalisation dudit bien.

²¹⁰ Art 132 alinéa 2 de l'AUPCR.

²¹¹ LIENHARD (A.), « Sort des créances en cas d'homologation d'un plan de continuation avant l'expiration du délai de déclaration », Op. cit.

²¹² Art 133 alinéa 2 de l'AUPCR.

la protection de ce dernier, c'est son rapport avec le débiteur en méconnaissance de celui entre le cédant et le cessionnaire²¹³. Ainsi, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du cessionnaire, le titulaire de sûreté réelle pourrait réaliser sa créance en actionnant son droit de suite. Il ne pourrait pas se voir opposé le bénéfice de la procédure, car le cessionnaire ne tient pas son droit de lui mais plutôt du cédant. En plus le créancier bénéficiaire de sûreté réelle bénéficie également de la subrogation. Ce qui lui donne le droit d'agir contre le cessionnaire du bien grevé en absence de paiement intégral.

D'ailleurs, cet état de fait est conforté par l'inaliénabilité du bien cédé par l'acquéreur. A ce titre, *l'acquéreur ne peut céder, à peine de nullité, les éléments d'actif qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé. L'inaliénabilité de ces éléments doit être publiée au RCCM dans les mêmes conditions que celles prévues pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et au livre foncier conformément aux dispositions organisant la publicité foncière pour les éléments immobiliers*²¹⁴. Ceux-ci permettent au créancier muni de sûreté réelle d'obtenir un paiement sécurisé. Cependant, ce paiement est parfois malmené par celui des créanciers privilégiés, car, leur droit de préférence s'exerce dans l'ordre prévu aux articles 166 et 167 de l'AUPCR²¹⁵. Soulignons que le concordat de redressement accordé au débiteur principal ou à un coobligé ne profite pas aux autres coobligés auxquels le nouveau droit ajoute les personnes ayant consenti un cautionnement ou affecté ou cédé un bien en garantie²¹⁶.

En outre, leur protection est renforcée lorsque les accords concordataires échouent. C'est l'hypothèse de l'annulation ou de la résolution du concordat. Dans ce cas, le titulaire du droit de préférence peut actionner sa sûreté et obtenir paiement. Et c'est la fin du droit concordataire. Les créanciers recouvrent leur entière liberté et les actions individuelles, de même pour le débiteur. Le champ est libre pour le créancier de semer ce qui lui ait plus profitable sans gêne. Ainsi, une nouvelle période s'ouvre, celle de la liquidation des biens ou en dehors des accords. Au cours de celle-ci, les intérêts des créanciers vont être davantage sécurisés puisqu'il ne sert à rien de priver les créanciers de leur droit pour une entreprise moribonde.

²¹³ PICOD (Y.), « Cession de dette et droit des sûretés », AJ. Contrat, 2017, p.268.

²¹⁴ Art 133 alinéa 3 de l'AUPCR.

²¹⁵ Art 133, Ibid., avant dernier alinéa.

²¹⁶ Art 134 dernier alinéa, in KALIEU ELONGO (Y. R), *Le droit des procédures collectives de l'OHADA*, Op. cit., p.144.

Chapitre II : La protection hors concordat

Les intérêts des créanciers sont préservés durant tout le processus de traitement des difficultés de l'entreprise. C'est dans ce cadre que nous avons le traitement préventif et curatif. Chacun d'eux recouvre des variantes. Mais ce qui compte c'est le désintéressement des créanciers par un mécanisme appelé concordat, accord qui vise à apurer le passif du débiteur à travers un planning, tout en tenant compte des intérêts des dispensateurs de crédits. Cette pratique se caractérise par sa diversité. Ainsi, en plus des plans concordataires développés précédemment, nous avons ceux relatifs aux cessions qui peuvent se faire également, lors de la réalisation de l'actif du débiteur. Donc, le titulaire de sûretés réelles est non seulement protégé lors de cette étape (Section I) mais aussi au moment de la réalisation d'un bien grevé de l'actif liquidatif (Section II).

Section I : La protection lors de la cession d'actif de l'entreprise

La réalisation de l'actif d'une entreprise peut se faire par la cession. C'est ce que le législateur appelle la cession globale d'actif. Les dispositions de l'art 160 de l'AUPCR sont explicites : *tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant, éventuellement des unités d'exploitations peut faire l'objet d'une cession globale*. Ainsi, la cession partielle (Paragraphe I) et totale (Paragraphe II) de l'actif vient d'être consacrée.

Paragraphe I : La cession partielle d'actif

La cession est une mesure destinée à sauvegarder l'entreprise. Elle peut se faire lors du règlement préventif, du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens. Elle peut porter sur l'actif de l'entreprise ou sur l'entreprise elle-même. Cependant, cette dernière n'est pas prévue dans la liquidation des biens contrairement au droit français. Il est donc important de se questionner sur le sort du titulaire de garantie réelle ? Ce dernier bénéficie d'un paiement, à défaut, il dispose d'un droit d'agir contre le débiteur qui peut à son tour demander la résolution de ladite cession.

A- Le paiement du titulaire de sûreté réelle classique

L'objectif des procédures collectives, comme hérité du droit romain, demeure le paiement des créanciers par une répartition du produit de la vente des biens du débiteur failli²¹⁷.

²¹⁷ ROUSSEL GALLE (Ph.) et VALLENS (J. -L.), « Le paiement dans les procédures collectives » in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), *Le paiement*, L'Harmattan, p.205.

Le paiement est défini, de façon générale, comme le *versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation de somme d'argent*. Et spécifiquement, il s'agit de l'*exécution d'une obligation, quel que soit l'objet de celle-ci*²¹⁸. Ainsi, exécuter une obligation devient le maître mot. Une partie de la doctrine pense même qu'il n'a pas livré tous ses secrets²¹⁹. Cela se comprend aisément relativement à ses contours. Et quel que soit la taille d'une entreprise, le paiement demeure la clé de voûte de la pérennité de son activité, d'où l'utilisation des sûretés pour faire face à l'impayé. Le sort des titulaires de ces sûretés lors d'une cession partielle d'actif reste illusoire. Mais avant, la définition de cette notion paraît intéressante.

Le législateur ne donne pas une définition. Mais, la doctrine en a donné en ces termes : la cession d'actif est une mesure destinée à transmettre à un tiers tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier du débiteur constituant une unité de production autonome²²⁰. C'est dire qu'elle ne peut porter que sur l'actif mobilier ou immobilier et non sur les deux. Ce dernier cas est réservé pour la cession de l'entreprise. Elle n'est prévue que pour protéger l'activité du débiteur. C'est elle qui a fait l'objet de définition légale²²¹. Leur point commun est, qu'en matière de répartition de denier provenant d'elle, les titulaires de droit de préférence classique sont concurrencés par certains créanciers de la conciliation et de la procédure. Ceci étant, la question du paiement des premiers doit être déterminée.

En la matière, même s'ils sont concurrencés, ils demeurent protégés par la loi. On sait qu'en l'espèce, le prix de la cession tombe dans l'actif de l'entreprise et sert de couverture. Il s'agit de celle prévue par l'art 163. Ce dernier nous renvoie aux dispositions de celui 133 pour trancher la question du paiement des créanciers titulaires de sûretés réelles classiques. A la différence du droit français celui OHADA apporte une réponse efficace aux attentes des créanciers munis d'un droit de préférence. Ce dernier précise que lorsqu'un bien grevé est inclus dans la cession, celle-ci n'emporte *purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et que le créancier garanti par cette sûreté désintéressé*. Donc, le paiement de ces créanciers devient le crédo du

²¹⁸ CORNU (G.) dir, Op. cit., v. paiement.

²¹⁹ MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, Op. cit.

²²⁰ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives OHADA, Op. cit., p.184.

²²¹ L'art 131 alinéa 3 de l'AUPCR dispose, « *La cession d'entreprise ou d'établissement est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique, des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». C'est ce maintien de l'activité économique qui justifie peut être son enlèvement dans la liquidation. Puisqu'on suppose que l'entreprise continue a existé du bien de vue économique même si juridiquement elle n'y est plus. Cet état de fait est occulté par le législateur français qui la prévoit également dans la phase liquidative en mettant l'accent sur l'aspect juridique. Cette position est soutenable. Parce la cession de l'entreprise est l'un des modes de réalisation de l'actif. Or, nous savons que la liquidation vise à réaliser l'actif afin d'apurer le passif.

législateur OHADA. Ainsi, nous pouvons conseiller cet espace aux investisseurs sans se tromper.

Cependant, le législateur parle d'*ensemble cédé*. La seule inquiétude demeure l'utilisation de ce concept. Est-ce qu'il fait allusion à la cession totale ou partielle ou les deux ? A voir de près, nous avons tendance à limiter cette situation à la cession totale, puisque le vocable ensemble est synonyme de total. Mais, en absence de précision, nous pouvons faire une interprétation favorable, parce qu'il peut s'agir des éléments indiqués par le cessionnaire dans l'actif, c'est-à-dire l'ensemble de ceux-ci, étant entendu que la réussite de toute l'opération dépendra de la bonne détermination des éléments sur lesquels elle va porter²²². Et c'est cet aspect qui fait sa particularité avec la cession totale d'actif, d'où la complexité qui résulte de ce processus, même s'il est vrai que ces créanciers, ne peuvent s'opposer à la cession, puisque celle-ci demeure l'affaire du débiteur et surtout de la juridiction compétente seule habilitée à arrêter le plan et à ordonner son exécution. Et elle le fait en fonction de la pertinence de l'offre de reprise proposée par un entrepreneur. Donc, en l'espèce, la volonté du débiteur est résiduelle. Ce qui fait que lorsque, le cessionnaire ne paie pas la totalité du prix, la première personne responsable est le tribunal compétent, puisqu'il est la partie principale à l'acte de cession. Il constitue à cet effet, une garantie pour le créancier en question. Ainsi, le prix du bien grevé doit servir pour désintéresser totalement le bénéficiaire du droit de préférence classique.

Cet état de fait est conforté par le législateur, car le paiement se fait au comptant. Et au cas où des délais de paiements sont sollicités, ceux-ci ne peuvent excéder douze (12) mois et doivent être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire. Ainsi, le principe du paiement au comptant vient d'être consacré. Il est en même temps assorti de garantie, celle du cautionnement, de surcroît, solidaire d'une banque et non d'un établissement financier et le délai de paiement de deux (02) ans prévu pour le redressement judiciaire est ramené à une année pour la liquidation²²³. Ceci dénote la volonté du législateur OHADA de faire du paiement des créanciers un sacerdoce.

Bien que le créancier ne soit partie à l'acte de cession, il est consulté par le syndic, parce que, ce dernier recueille l'avis des contrôleurs. Or, ceux-ci veillent aux intérêts de ses membres, notamment les créanciers sans pour autant les représenter. Le mécanisme est le suivant, l'offre

²²² BLANC (G.), Entreprise en difficulté (Cession de l'entreprise), Répertoire de droit des sociétés, www.dalloz.fr Consulté le 20 mars 2017. Bien vrai qu'en droit OHADA, on fait une nette distinction entre la cession de l'entreprise et celle d'actif de l'entreprise, leur régime concernant leur effet demeure le même.

²²³ Art 160 alinéa 3 de l'AUPCR.

d'acquisition est suscitée par le syndic et ceux qui sont intéressés peuvent faire une soumission à l'exception des dirigeants de ladite entreprise, des parents ou alliés de ses dirigeants ou du débiteur, personne physique, jusqu'au quatrième degré inclusivement²²⁴. Ainsi lorsque celle-ci est sérieuse, le juge commissaire autorise son exécution. Ce dernier détermine également la quote-part du prix qui est attribuée à chaque bien pour la répartition et l'exercice du droit de préférence. Cependant, à la question de savoir s'il est habilité à procéder au partage, la jurisprudence répond par la négative. Elle estime que ce dernier n'est pas autorisé à faire ce travail et que cette tâche revient plutôt au syndic. Mais, qu'en est-il, lorsque le juge commissaire décide de se substituer à ce dernier avant même le démarrage des travaux de liquidation pour des soucis d'efficacité ? A cette question également, la CCJA répond par la négative²²⁵. En l'espèce, elle a pu estimer qu'en aucune manière ce dernier ne pourra s'ériger en répartiteur. Cette position jurisprudentielle est soutenable puisqu'elle fait une nette distinction entre les attributs des organes de la procédure. En revanche, on pourrait lui reprocher d'encourager l'injustice, car dit-on *entre le fort et le faible c'est la volonté qui opprime et c'est la loi qui libère*²²⁶. Le juge étant le garant de l'effectivité de la loi, il est normal que ce dernier puisse procéder à la répartition lorsqu'il constate des anomalies.

En outre, le droit de suite sert également de protection pour les titulaires de gage, de nantissement ou d'hypothèque. Sa mise en jeu permet au créancier de saisir la chose grevée en quelque main qu'elle se trouve, même entre les mains d'un acquéreur, notamment un cessionnaire. Ce dernier ne peut se libérer que lorsqu'il a payé l'intégralité du prix. A défaut, il ne pourrait même pas céder ce bien à une autre personne, sous peine de nullité, c'est-à-dire que l'acte sera considéré comme n'avoir jamais existé. C'est cette situation que le législateur organise en ces termes, *l'acquéreur ne peut céder, à peine de nullité, les éléments d'actif qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé. L'inaliénation de ses éléments doit être publiée au RCCM dans les mêmes conditions que celle prévue pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et au livre foncier conformément aux dispositions de la publicité foncière pour les éléments immobiliers.*

En pratique, le paiement du titulaire de sûreté réelle est toujours une préoccupation majeure, puisqu'il ne sert à rien de paralyser l'efficacité d'une sûreté lorsque l'entreprise n'est plus

²²⁴ Art 160 alinéa 2 de l'AUPCR.

²²⁵ CCJA, Ass. Plén., Arrêt n° 059/2015 du 27 avril 2015 ; Pourvoi n°005/2013/PC du 15 /01/2013, Ohadata J-16-59.

²²⁶ LACORDAIRE, Op. cit.

viable²²⁷, sauf lorsque, par une sous-évaluation de la sûreté, le prix de réalisation n'arrive pas à couvrir la créance de celui-ci. Et même là, ce dernier peut s'opposer ou produire le reste de sa créance en tant que chirographaire. Cependant, ces cas sont limités parce que l'homologation de ladite cession est conditionnée à la faculté de désintéresser totalement le créancier²²⁸. A contrario, ce dernier, dispose du droit d'agir contre le débiteur qui peut demander la résolution de la cession.

B- La résolution de la cession au bénéfice du titulaire de sûreté réelle classique

Selon l'art 133 dernier alinéa, « *en cas de non-paiement intégral du prix, le débiteur peut demander au juge commissaire de prononcer la résolution de la cession...* ». Se pose alors la question des sujets pouvant demander son exercice ? Une lecture simpliste de cet article nous permet de se limiter au débiteur seulement. Pour autant ce dernier n'étant pas le seul acteur, il serait mal vu de restreindre cette faculté. Ainsi, le législateur français en a étendu à d'autres²²⁹, notamment, sans être exhaustif, le tribunal qui peut se saisir d'office, le ministère public et le créancier. Une telle solution est applicable en droit OHADA. Toutefois, la notion de la résolution est controversée.

Elle est la *sanction consistant dans l'effacement rétroactif des obligations nées d'un contrat synallagmatique, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses prestations*. Et comme la nullité, elle a un effet rétroactif, mais, à la différence de la première, elle sanctionne un défaut d'exécution et non pas un vice existant lors de la formation du contrat²³⁰, c'est dire qu'elle constate la fin de la cession. Mais, quid de la cession d'actif partiel ? Précisons davantage qu'il existe une différence entre celle-ci et la cession d'entreprise, même si leur régime demeure le même quant aux effets. Sa définition n'a pas été une préoccupation du législateur. Mais nous estimons que cela ne constitue nullement un problème. La cession d'actif partiel peut être définie comme étant l'anéantissement de la cession d'entreprise et soulève le problème de la rétroactivité et de la clôture de la procédure.

Ces questions sont à la base des positions divergentes en pratique. D'une part, la première fait allusion au sort des actes de cession. C'est ainsi, qu'en France, la Cour régulatrice a pu estimer

²²⁷ CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés, Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives », Op. cit.

²²⁸ Art 132 alinéa 2 de l'AUPCR. Même si celui-ci est réservé au redressement judiciaire, le recours du législateur à ce droit pour régir les effets de la cession lors de la liquidation, nous permet d'affirmer sans se tromper l'application de cet article à ce cas d'espèce. En plus son dernier alinéa fait recours à l'art 132.

²²⁹ BLANC (G.), *Entreprise en difficulté (Cession de l'entreprise)*, Op. cit.

²³⁰ GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) dir, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2014, v. résolution.

que la résolution de la cession n'entraîne pas de plein droit celle des actes de cession. Elle a maintenu la vente du fonds de commerce et le cautionnement qui en résultait au motif que, la demande de résolution de la cession, doit être distincte de celle des actes qui la contient²³¹. Il en a été de même pour le licenciement prononcé dans un plan qui a également été maintenu. Ainsi, le principe de non rétroactivité venait d'être consacré et était mieux indiqué comme solution²³². Tout le souci est le sort de la sûreté grevant ce fonds. Le créancier va-t-il obtenir paiement et comment ? Nous savons que ce dernier bénéficie d'un droit de préférence qui est exercé sur la quote-part allouée au bien. Et qu'il existe une forte similarité entre celui-ci et l'hypothèque²³³, toutes étant des sûretés réelles sans dépossession. En l'espèce, le créancier nanti est confronté à un problème sérieux, celui de la valeur du fonds, puisque sa sûreté est soumise à la loi de la prospérité du commerce du débiteur. Autrement dit, la bonne santé du commerce de ce dernier vaut excellente garantie pour lui. Mais, dans le cas d'espèce, l'activité du débiteur va mal. Ce qui met en mal également sa sûreté. Ceci étant, le maintien de la vente par le juge et, à la demande du cessionnaire, sous-entend que l'espoir est permis et que son activité est viable. Donc, le nanti pourrait obtenir paiement, sauf concurrence de celui privilégié²³⁴. Mais, il pourrait bénéficier des garanties de paiement prévues par l'art 132 alinéa 2 de l'AUPCR.

Et d'autre part, pour la clôture, dans un premier temps, elle a estimé que celle-ci n'emporte pas clôture de la procédure et que la liquidation doit suivre son cours, c'est dire que les créanciers n'ont plus à produire à nouveau leurs créances²³⁵. Et dans un second temps, elle a admis le contraire²³⁶. Ce revirement jurisprudentiel découle du fait que le législateur donne au juge un large pouvoir d'appréciation en la matière.

²³¹ Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-13.307, Bull. civ. IV, n° 263, D. 1993, I. R., p. 186., Dr. Sociétés 1993, n° 183, p. 9, Obs. CHAPUT (Y.).

²³² Toulouse, 14 janv. 1991, Rev. proc. coll. 1991. 297, Obs. SOINNE, in BLANC (G.), *Entreprise en difficulté* (Cession de l'entreprise), Op. cit.

²³³ AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, 9^{ème} éd. Lextenso, 2015, p. 316.

²³⁴ Il s'agit des créanciers de la conciliation et ceux de la procédure qui doivent en principe bénéficier de la primauté de paiement. Même si parfois des réserves sont émises en pratique. Puisque le paiement prioritaire est souvent l'apanage des négociations entre le liquidateur et le créancier. Ce qui fait que souvent des chirographaires sont payés avant les privilégiés abstraction faite à tout classement légal.

²³⁵ C.A Paris, 5^{ème} Ch, sect. A, 09 févr. 2000, Cah. D. aff. 2000, AJ., p. 200, Obs. LIENHARD (A.). Dans le même sens, v. RTD com. 1996, p. 128, Obs. MARTIN-SERF (A.).

²³⁶ Soc. 14 déc. 2000, RLDA 2000, n°25, n°1589, note HABERER, in BLANC (G.), Ibid. En l'espèce, la chambre sociale a décidé que la résolution du plan de cession a pour effet l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement. Une telle solution est transposable en droit de la liquidation. Puisque la clôture entraîne le retour des biens dans le patrimoine du débiteur de même qu'en redressement judiciaire.

Mais, ce qui importe plus, ce sont ses effets à l'égard des acteurs de cette procédure et des actes accomplis, parmi lesquels figure celui des biens grevés.

En principe, la clôture de la liquidation des biens se fait par un constat après le dépôt des comptes par le syndic, du procès-verbal du juge commissaire qui est transmis sans délai à la juridiction compétente qui prononce la clôture de celle-ci. Ainsi, les créanciers recouvrent l'exercice de leurs droits sur l'actif non réalisé²³⁷. Lorsque la clôture est corollaire de la résolution comme c'est le cas dans le redressement, il y aurait une nouvelle procédure, celle de la liquidation. Mais, dans le cas d'espèce, c'est la continuité. Donc, puisqu'il s'agit d'une cession partielle d'actif, les biens grevés, en principe, vont regagner le patrimoine du débiteur et deviennent une proie facile pour le gagiste. Ici, serait envisagé le cas du gage sans dépossession, car, celui avec dépossession et assorti d'un droit de rétention, fait l'objet d'un chapitre.

Dans le premier cas, puisque le gagiste recouvre son droit de poursuite individuelle, il pourrait l'exercer et obtenir paiement par préférence, sauf si ce dernier se voit concurrencer par des créanciers dont la créance est née lors de la réalisation du bien y compris ceux conservateurs. Ceci est valable également pour le créancier hypothécaire.

Ce qu'il faut retenir, c'est qu'elle n'est pas imposée au juge qui peut même ordonner un nouveau délai au cessionnaire qui ne peut dépasser six (06) mois. En outre, l'idée de résolution n'est pas toujours dissociable de celle de procédure collective du cessionnaire, puisque, le non-paiement du prix par ce dernier peut être synonyme de difficulté économique et financière entraînant la cessation des paiements de celui-ci. Dans ce cas, le souci est de savoir si le liquidateur pourrait être à l'abri des maltraitances subies par les créanciers antérieurs, notamment, la suspension de poursuites individuelles et les interdictions de paiements qui sont corollaire à l'ouverture d'une procédure collectives. La réponse à cette question pourrait être positive, si l'on s'en tient à la thèse de l'antériorité de la créance. Mais, cette hypothèse pourrait être écartée, d'autant plus que, le cessionnaire ne tient pas son obligation du créancier mais plutôt du cédant. Donc, le liquidateur qui représente le créancier doit pouvoir agir contre le cessionnaire sans être endigué par la procédure. Toutefois, on pourrait reprocher au liquidateur son ambivalence. Néanmoins, cela n'enlève rien à son statut de représentant des créanciers. Ainsi, le titulaire de sûreté réelle pourrait intenter une action afin de réaliser sa sûreté. Il peut, par le biais du liquidateur,

²³⁷ Art 170 de l'AUPCR.

demander l'attribution du bien grevé. Et les vicissitudes de la procédure du repreneur ne pourront pas empêcher celle-ci.

Une autre hypothèse est celle de la cessation de paiement du repreneur avant le prononcé de la résolution. C'est un cas rare, parce que le juge, avant d'ordonner la cession, a pu au moins être diligent sur la solvabilité du repreneur. Cependant, les aléas du marché peuvent bouleverser tout calcul. La question est de savoir si le juge pourrait prononcer la résolution face à la procédure collective du repreneur ? En principe, celle-ci n'est pas possible, car, il s'agit non seulement d'une créance antérieure, mais aussi d'une résolution pour faute de paiement du prix de cession. La suspension et l'interdiction de paiement qui sont inhérentes à la procédure collective devront faire écran à l'exercice d'une telle action²³⁸. Cette question soulève aussi celle de l'assimilation de l'action en résolution d'un plan de cession et celle de l'action en résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. Le caractère judiciaire de la première fait obstacle à sa thèse contractuelle²³⁹. Du coup, celle-ci est admise à la procédure du repreneur. Donc, le bien grevé pourrait être récupéré pour désintéresser le créancier. Toutefois, ce dernier est encore mieux protégé lorsque la question de la détermination des biens sur lesquels porte la cession est réduite. C'est le cas de la cession portant sur la totalité de l'actif du débiteur.

Paragraphe II : La cession totale d'actif

Selon, l'art 160 de l'AUPCR, « *Tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant, éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale* ». Ici, le législateur consacre les deux hypothèses, notamment, la cession totale et partielle d'actifs. Il nous renseigne que celles-ci peuvent faire l'objet de cession globale. Cette dernière s'oppose à la vente séparée des éléments qui composent l'actif. Donc, une fois cédée, une partie du prix est affectée au bien grevé (A) afin de payer le créancier et purger la sûreté (B).

A- L'affectation d'une quote-part du prix aux biens grevés

Elle est prévue par la disposition de l'art 162 alinéa 1, « *Le juge commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du*

²³⁸ LE CORRE, Dalloz action droit et pratique des procédures collectives, 2015-2016, n° 544-42, in BLANC (G.), Entreprise en difficulté (Cession de l'entreprise), Op. cit.

²³⁹ BLANC (G.), Ibid.. Dans le même sens v. Lamy Droit commercial, Cession de l'entreprise, p. 04 et s.

*prix et l'exercice des droits de préférence*²⁴⁰ ». A la lecture de cet article, nous constatons que le législateur met l'accent sur deux notions essentielles à savoir : la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. Ces deux notions méritent d'être précisées, car elles sont toutes sujettes à interprétation.

La première est définie de façon générale comme *l'action de répartir ou le résultat de cette action ; opération consistant à diviser un ensemble en plusieurs parties et à distribuer celle-ci entre plusieurs intéressés de manière à en diviser la charge ou le profit*. Et spécifiquement, elle est la *distribution d'une masse de biens entre les ayants droit ou d'une dette entre ceux qui doivent la supporter*. Par exemple, la *répartition entre créanciers d'une somme saisie-arrêtée ou du produit de la vente des biens du failli*²⁴¹. Ainsi, elle est synonyme de distribution, de partage et même de division. Mais, comment connaître le quotient, autrement dit, la part qui va revenir à chacun, notamment, au titulaire de sûreté grevant le bien ? Pour le savoir, interrogeons le liquidateur. C'est ce dernier qui est habilité à procéder au partage. Mais avant, intéressons-nous à la détermination du prix qui doit être faite en tenant compte de la valeur du bien afin d'éviter que le titulaire de sûreté ne soit reconnu insolvable. Et cette tâche repose sur le tribunal compétent en la matière, puisque celui-ci ne peut ordonner la cession que si les conditions de garantie prévue par l'art 132 alinéa 2 cité précédemment sont réunies. La question se pose de savoir quelles sont les bénéficiaires de cette répartition ?

La réponse à cette question dépend de la nature du bien réalisé, autrement dit, selon qu'on soit dans le cadre immobilier ou mobilier. Dans le premier, le législateur accorde le bénéfice du partage d'abord, aux créanciers de la conciliation et de la procédure qui sont prévus par les dispositions des arts 5-11, 11-1 et 33-1, ensuite, à ceux des frais de justice engagés afin de réaliser ledit bien, et enfin, aux créanciers superprivilégiés. Dans le second, en l'absence d'un droit exclusif au paiement, comme c'est le cas en présence d'un rétenteur, le bénéfice est toujours accordé aux créanciers visés aux articles 5-11, 11-1 et 33-1, ensuite, à ceux des frais de justice engagés afin de réaliser le bien, aux créanciers conservateurs²⁴² et enfin, aux créanciers superprivilégiés²⁴³.

²⁴⁰ Art L. 642- 12 du Code de commerce en France. Cette disposition est également un témoignage du mimétisme juridique dont fait l'objet le droit OHADA.

²⁴¹ CORNU (G.), dir., Vocabulaire juridique, Op. cit., v. répartition.

²⁴² C'est-à-dire, ceux dont les créances sont nées à la suite de la conservation du bien avant sa réalisation.

²⁴³ Pour plus d'infos sur la distribution du prix entre les créanciers, v. T.R.H.C de Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Ohadata J-05-105, in ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme du 15 déc. 2010, portant organisation des sûretés, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd., 2012, p. 972.

Ceux-ci sont appelés les créanciers privilégiés. Leurs privilèges se justifient par le caractère salubre de leurs créances, puisqu'elles ont servi dans le cadre de la protection des droits des parties. C'est pourquoi, la pratique estime qu'ils doivent bénéficier de la distribution.

En outre, nous avons des rares cas où en l'absence de liquidité, le juge commissaire fait recours à d'autres alternatives afin de réaliser les biens grevés. C'est le cas, par exemple, du Trésor lorsque son concours est sollicité pour la réalisation des biens situés sur un autre territoire. Celui-ci va bénéficier également de la répartition du prix, parce qu'on estimera que sans son apport, il n'y aurait peut-être pas de l'argent à partager. Donc, son acte a servi à rendre la sûreté liquide. Ce qui fait qu'il concourt au partage de la somme provenant de la réalisation du bien grevé. Et il est même traité avec plus d'attention. Il serait rangé dans la catégorie des créanciers de la procédure, même si tous ces derniers ne bénéficient pas d'un traitement de faveur. Ils obéissent tous à une exigence légale, celle de la répartition en fonction du rang²⁴⁴. La jurisprudence française a estimé même que le fait pour un créancier de renoncer à se prévaloir du transfert de la charge de la sûreté, n'est pas synonyme de renoncement par celui-ci au rang pour la répartition du prix²⁴⁵. Toutefois, les sommes provenant de la condamnation des dirigeants au paiement de l'insuffisance d'actif sont partagées au *marc le franc* entre tous les créanciers peu importe leurs statuts.

Mais, il faut reconnaître qu'en pratique, les règles basées sur le rang ou le classement ne sont pas toujours respectées à la lettre²⁴⁶. Donc, la réglementation de la répartition du prix concernant le classement ou le rang doit être combinée avec celle de la priorité du paiement²⁴⁷. Et pour asseoir cette dernière, il faut que le titulaire de sûreté réelle classique actionne son droit de préférence.

Il est défini comme étant le *droit de certains créanciers (hypothécaires, privilégiés) d'obtenir par préférence aux autres créanciers, généralement chirographaires, paiement sur le produit de la vente du bien saisi*²⁴⁸. Et selon, le vocabulaire juridique, c'est le *droit pour certains créanciers d'échapper au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteur et d'être payés avant*

²⁴⁴ Art L. 641- 10 du Code de commerce français. Cet article est synonyme des dispositions des articles 166 et 167 du droit OHADA des procédures collectives.

²⁴⁵ Lamy droit commercial, Entreprise en difficulté, Cession de l'entreprise, Op. cit. p.36.

²⁴⁶ Cass. com., 20 mars 2001, n°98-15.784, Bull. civ. IV, n°65, Dr. et procéd. 2001, p. 307, Obs. COURTIER (J.-L.) RJDA 2001, n°07, n° 789 in Lamy Droit commercial, Entreprise en difficulté, Cession de l'entreprise, p.36.

²⁴⁷ Pour plus d'infos, v. la deuxième partie de cette thèse intitulée : L'atteinte au paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles classiques.

²⁴⁸ *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Op. cit., v. Droit de préférence.

ceux auxquels ils sont préférés. Par exemple, le droit pour le créancier privilégié d'être préféré à tous autres créanciers, chirographaires ou hypothécaires²⁴⁹. On voit bien qu'en plus des créanciers chirographaires, qui subissent la préférence des titulaires de sûretés, on assiste également à la préférence de la préférence. Autrement dit, les droits de préférences entrent en conflit et se neutralisent. Cette situation est organisée en ces termes : *le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu aux articles 166 et 167* qui règlementent le jeu de la préférence. A la lecture de ces dispositions, nous constatons, que le droit de préférence du créancier munis de sûreté réelle classique est relégué au second plan, car il se trouve confronté à une catégorie de créanciers dont les droits sont mieux classés. Toutefois, cela n'enlève rien à la protection dudit droit, parce qu'ils continuent de primer les chirographaires qui sont les premiers concernés et qui subissent la règle²⁵⁰.

Dans le cas d'espèce, il s'exerce sur le prix de cession, sur lequel le législateur apporte une restriction tout en précisant qu'il ne peut se faire que sur une partie de celui-ci. Cet état de fait porte atteinte au principe d'indivisibilité de la sûreté²⁵¹ même si cette thèse ne fait pas l'unanimité, parce que c'est toute la valeur du bien qui doit servir de garantie. D'ailleurs, la doctrine pense, que l'utilisation du concept « *quote-part* » est synonyme de réduction et par conséquent, d'atteinte au droit des titulaires de sûretés réelles²⁵². Nous ne partageons cette position que si, le coût de la réalisation de ladite sûreté est entièrement supporté par le créancier. A contrario, il serait de bonne guerre que les dispensateurs de nouveaux crédits alloués à cet effet, puissent participer à la distribution du prix de vente, sans être inquiétés par l'exercice d'un quelconque droit de préférence.

Cependant, il faut reconnaître que malgré tous ces créanciers admis à la répartition du prix, force est de constater, que celle-ci aussi bien que le paiement par préférence demeure une question de négociation avec le liquidateur et dépend souvent de la nature même de la personne morale à liquider, parce que ces questions regorgent beaucoup de subtilité. Ainsi, le liquidateur

²⁴⁹ CORNU (G.), Op. cit., v. Droit de préférence.

²⁵⁰ GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) dir., *Lexique des termes juridique*, Op. cit.

²⁵¹ SOUHAMI (J.), « Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles », Op. cit.

²⁵² SOUHAMI (J.), Op. cit.

peut méconnaître les règles de classement²⁵³ et de priorité établies au profit des créanciers postérieurs²⁵⁴, pour faire droit aux créanciers antérieurs munis de sûretés réelles.

En outre, le paiement et l'affectation du prix de cession permet de neutraliser les droits du créancier à l'encontre du cessionnaire et du débiteur. En somme, c'est la sûreté qui sera éteinte, purgée, sans autre formalité²⁵⁵.

B- La purge de la sûreté réelle classique

Le meilleur laboratoire du caractère nuisible de l'éclatement du droit des sûretés réelles est sans conteste, celui du droit des entreprises en difficulté. Comme on le sait, le droit des procédures collectives est, par nature, une terre de conflits entre les intérêts du débiteur et ceux de ses créanciers²⁵⁶. Il convient en effet, d'éviter, d'une part, que le jeu des sûretés ne paralyse le succès de l'opération de sauvegarde de l'entreprise en difficulté. Mais, il convient de faire en sorte que d'autre part, les créanciers aient confiance dans les garanties en considération desquelles ils ont accepté de faire crédit. Sans cette confiance, une entreprise ne peut que difficilement obtenir du financement. Et sans financement elle ne peut pas exister²⁵⁷. Ainsi, lorsque l'entreprise ne suscite plus d'espoir, la cession devient la solution indiquée. Or, celle-ci vise à réaliser l'actif afin d'apurer le passif. La procédure collective indiquée à cet effet, est la liquidation des biens. Donc, restaurer l'efficacité des sûretés et payer les créanciers devient le principe.

Le paiement est au cœur du droit de la liquidation. Qu'il s'agisse de la réalisation de l'actif par la vente isolée des éléments de l'actif ou de la cession globale, le titulaire de garantie réelle classique est protégé, car la garantie demeure jusqu'au paiement total du prix de la cession et au désintéressement de celui-ci. En somme, la purge de la sûreté est conditionnée à l'accomplissement de celles-ci. Et le législateur de dire, *lorsque l'ensemble cédé comporte des biens grevés d'une sûreté réelle spéciale, la cession n'emporte purge de cette sûreté que si le prix est intégralement payé et le créancier garanti par cette sûreté désintéressé*. Il ressort de cet article deux conditions obligatoires pour que le repreneur et le débiteur soient libérés du

²⁵³ NANDJIP MONEYANG (S.), « Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA », Op. cit., p. 09.

²⁵⁴ Cass. com., 20 mars 2001, Op. cit. Dans cet espèce, un bailleur a pu obtenu la condamnation du juge-commissaire, au paiement des loyers échus lors de la période d'observation.

²⁵⁵ Com. 30 mars 2010, n°09-13.101, Rev. proc. coll. 2010. Comm. 177, note Pérochon, in BLANC (G.), Entreprise en difficulté, Cession d'entreprise, Op. cit.

²⁵⁶ ROUSSEL GALLE (Ph.), « Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres », La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°30-34, du 27 juil. 2012, act. 748.

²⁵⁷ GOUT (O.), « Quel droit commun pour les sûretés réelles », RTD civ. 2013, p.255.

joug de la garantie. Il s'agit du paiement intégral du prix de cession et le désintéressement du créancier garanti. Ces deux impératifs légaux constituent la boussole de leur libération.

La notion de purge²⁵⁸ est issue du latin *purgare* qui veut dire *nettoyer*. Elle renvoie à l'*opération tendant à libérer un bien d'une charge qui le grève*. Donc, le maître mot de cette opération est la libération. Appliquée à la sûreté, elle indique la *procédure permettant à l'acquéreur ou au donataire d'un immeuble, non personnellement tenu au paiement des dettes qui le grèvent, de restreindre la somme par lui offerte le droit de poursuite des créanciers hypothécaires de la loi, ces derniers ou l'un d'eux ne pouvant provoquer une revente qu'en offrant de porter le prix à un dixième au-dessus de la somme offerte*²⁵⁹. De cette définition, découle les prérogatives d'un tiers obligé mais non tenu à la dette initiale, de limiter les droits d'agir de l'hypothécaire à son encontre à travers le versement d'une somme d'argent. Même là, l'idée de libération demeure toujours, sauf qu'elle est conditionnée au paiement.

Le paiement du prix de cession est une obligation contractuelle de base qui pèse sur le cessionnaire ou le repreneur. Son inexécution est sanctionnée par la résolution²⁶⁰. La question se pose de savoir, quelles sont les modalités de ce paiement, c'est-à-dire comment est-il effectué ?

Selon la loi, le paiement s'effectue au comptant. A défaut, il peut être assorti d'un délai n'excédant pas deux (02) ans. Et, pour sécuriser davantage les droits du créancier, le législateur estime que cette alternative du bénéfice de délai doit être forcément garantie par le cautionnement, de surcroît, solidaire d'une banque et non d'un établissement financier. Ce comportement législatif est exprimé en ces termes, *la juridiction compétente ne peut homologuer la cession totale ou partielle d'actif que : Si le prix est payable au comptant ou si, dans le cas où des délais de paiement sont accordés à l'acquéreur, ceux-ci n'excèdent pas deux (02) ans et sont garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire*²⁶¹. On voit bien que contrairement au droit français, qui reste silencieux sur le mode de paiement du prix de cession²⁶², le législateur OHADA est beaucoup plus clair et demeure plus efficace. Ainsi, le paiement au comptant et celui à l'échéance assorti d'une garantie bancaire sont consacrés. Mais en pratique, les deux sont cumulés, c'est-à-dire, une partie de la somme est au

²⁵⁸ Elle est l'action de purger. C'est-à-dire *procéder à la purge d'un bien*.

²⁵⁹ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., v. Purge.

²⁶⁰ Art 133 dernier alinéa de l'AUPCR.

²⁶¹ Art 132 alinéa 2 de l'AUPCR.

²⁶² BLANC (G.), *Entreprise en difficulté* (Cession de l'entreprise), Op. cit., n°88-91.

comptant et l'autre échelonnée²⁶³. La question se pose de savoir si l'accomplissement de ces conditions entraîne de plein droit la purge de la sûreté ? A la lecture des dispositions précédemment citées, nous pouvons répondre par l'affirmative. Et la jurisprudence procède à une saine application de celle-ci²⁶⁴. Mais, le législateur est intervenu pour dire que *le syndic est chargé de procéder aux formalités de radiation des inscriptions des sûretés*²⁶⁵. Cela ne doit pas semer de confusion, car le paiement de la créance garantie et la radiation de l'inscription de la garantie sont alternées. Donc, l'extinction de la créance peut emporter la purge de la sûreté et celle de l'inscription. Seulement, il faudra compter sur la diligence du syndic pour la radiation de l'inscription de celle-ci au RCCM ou au registre foncier. Faute de quoi, elle va toujours demeurer.

En outre, le créancier bénéficie d'une autre forme de protection, celle de l'inaliénabilité du bien avant le paiement total du prix. Cette situation est règlementée en ces termes : *l'acquéreur ne peut céder, à peine de nullité, les éléments d'actifs qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises tant que le prix n'est pas intégralement payé. L'inaliénabilité de ses éléments doit être publiée au RCCM dans les mêmes conditions que celles prévues pour le privilège du vendeur de fonds de commerce et au livre foncier conformément aux dispositions organisant la publicité foncière pour les éléments immobiliers*²⁶⁶. La première phrase de cette disposition consacre un principe fondamental, celui de l'inaliénabilité du bien par le repreneur dont l'inobservation est sanctionnée par la nullité absolue. Et pour des soucis d'équilibre dans la protection, la vente de certains éléments qui composent le fonds de commerce est autorisée au cessionnaire. La dernière phrase souligne le caractère d'un législateur averti, puisque l'absence de publicité, comme c'est le cas en droit français, entraîne des conséquences néfastes pour le nouvel acquéreur. Ce dernier n'étant pas informé de l'inaliénabilité du bien va l'acquérir en toute bonne foi, donc, laissant place aux conflits. Mais, l'inaliénabilité est-elle assimilable à l'insaisissabilité ? Le droit OHADA est resté muet, à notre connaissance, en la matière. Toutefois, une partie de la doctrine française est favorable à une position contraire²⁶⁷ que nous pensons soutenable, parce que la saisie ne doit porter que sur des choses appartenant au débiteur qui est, dans le cas d'espèce, le repreneur. Or, le tribunal, après avoir suscité l'offre

²⁶³ BLANC (G.), Ibid.

²⁶⁴ Com. 30 mars 2010, n°09-13.101, Rev. proc. coll. 2010, Op. cit.

²⁶⁵ Art 163 dernier alinéa de l'AUPCR.

²⁶⁶ Art 133 alinéa 3 de l'AUPCR.

²⁶⁷ SENECHAL (M.), *L'effet réel de la procédure collective*, Litec, 2002, n° 395. Dans le même sens LE CORRE, Dalloz Action Droit et pratique des procédures collectives, 2015-2016, n°542-23 in BLANC (G.), *Entreprise en difficulté* (Cession de l'entreprise), Op. cit.

d'acquisition, peut convenir de réserver le transfert de propriété avant d'ordonner la cession. Ainsi, la saisie du bien d'autrui serait inopportune. Au-delà des exigences légales, la pratique admet, dans le but de faciliter l'activité, que le repreneur puisse vendre ou même louer lesdits éléments, à charge pour ce dernier d'informer les autres acteurs²⁶⁸ du processus. Donc, on voit bien que l'objectif de paiement du prix de cession reste déterminant dans la purge de la sûreté.

Mais, il n'est pas le seul, car, *rien ne sert de courir, il faut arriver à point*. Ainsi, rien ne sert de payer le prix du bien grevé, s'il n'est pas arrivé au créancier garanti. C'est pourquoi, le législateur ajoute comme condition fondamentale supplémentaire, le désintéressement du créancier garanti par cette sûreté. Alors, de quel type de désintéressement s'agit-il : total ou partiel ?

Avant de répondre à cette question, il paraît intéressant de préciser la notion. En effet, le désintéressement est la marque de l'indifférence, notamment à l'égard des préoccupations morales ou matérielles²⁶⁹. C'est aussi le fait de ne pas agir par intérêt personnel, en vue d'être désintéressé²⁷⁰. C'est également le détachement de tout intérêt personnel, la bonté, la générosité²⁷¹. Appliqué au droit, il devient l'action de désintéresser un créancier, de lui payer ce qu'on lui doit²⁷². Le vocabulaire juridique nous précise que c'est l'action de donner satisfaction au prétendant à un droit (ce qui éteint son intérêt à agir ou à réclamer). Par exemple, le désintéressement des créanciers par le paiement de ce qui leur est dû ; le désintéressement de la victime par la réparation du préjudice qu'elle a subi. En somme, il est synonyme de paiement d'une obligation de somme d'argent.

Le paiement doit être fait, en principe, dans les mains du créancier garanti afin de donner purge à la sûreté. C'est cette situation qui est matérialisée par l'affectation de la quote-part du prix de cession et l'exercice du droit de préférence. Cette liberté du juge n'empêche pas le cessionnaire d'indiquer la distribution qu'il souhaitait²⁷³. Malheureusement, en cas d'omission de ce partage conventionnel, le tribunal ne peut plus se rétracter à l'aide de la procédure de rectification, puisque la décision en question serait définitive²⁷⁴. Cette répartition du prix doit servir de paiement intégral du créancier nanti qui va obtenir un désintéressement total d'un nanti de

²⁶⁸ Il s'agit du liquidateur, du juge commissaire, de la juridiction compétente, du créancier concerné et du débiteur.

²⁶⁹ Dicos Encarta, Dictionnaire français, v. désintéressement.

²⁷⁰ Le Petit Larousse, v. désintéressement.

²⁷¹ Le Grand Robert de la langue française, v. désintéressement.

²⁷² Le Petit Larousse, Ibid.

²⁷³ Com. 14 janv. 1997, n°94-14. 454, Bull. Dict. perm. diff. entrep. 12 févr. 1997, p. 7018. In BLANC (G.) Entreprise en difficulté, Op. cit.

²⁷⁴ Com. 11 oct. 1994, n°92-18.500, JCP E. 1995. I. 435, Obs. CABRILLAC (M.) et TETEL (Ph.).

premier rang²⁷⁵. Donc, la question du rang peut être un facteur déterminant dans le paiement, parce que quelle que soit la consistance de la sûreté, le fruit de sa réalisation ne peut pas désintéresser tous les créanciers privilégiés et munis de sûretés réelles conventionnelles. Du coup, la question du rang ou du classement demeure très importante. Cependant, le créancier garanti va obtenir paiement, à défaut, la purge de l'inscription de la sûreté demeurera.

Et lorsque le crédit garanti a servi pour le paiement du bien sur lequel porte la garantie, le désintéressement doit se faire dans les mains du créancier. C'est ce qui explique la transmission de la charge de la sûreté au cessionnaire et qui oblige ce dernier à exécuter dans les mains du gagiste ou du créancier hypothécaire ou même du nanti, les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien garanti.

En revanche, les droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques sont davantage plus sécurisés lorsque la vente porte sur le bien grevé séparément, lors de la liquidation de l'entreprise, c'est-à-dire, différemment de la cession globale d'actif du débiteur.

Section II : La protection lors de la réalisation des biens objet de sûretés réelles classiques

Le redressement judiciaire, comme la liquidation des biens, suppose la cessation des paiements. Mais, à la différence de la première, la seconde suppose que le débiteur soit en situation irrémédiablement compromise. Ceci étant, ils demeurent tous soumis aux principes du traitement collectif des créanciers qui est le corollaire de ceux de la suspension des poursuites individuelles et des paiements. Donc, le but même de la liquidation est de réaliser l'actif afin d'apurer le passif ou de sauvegarder les emplois, si possible avec la cession globale d'actif. Le souci majeur des créanciers est le paiement, d'où leur volonté commune en vue d'un traitement égalitaire. Malheureusement, ce dernier n'est pas atteint, pour cause de pluralité de régimes des créances : les unes sont nées en contrepartie d'une sûreté et les autres, sur la base d'une simple confiance au débiteur. C'est pourquoi, les premiers bénéficient d'un traitement de faveur, leur permettant d'être remboursés (Paragraphe I) faute de quoi, ils peuvent entreprendre des poursuites individuelles afin d'être payés (Paragraphe II).

²⁷⁵ T.R.H.C de Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Op. cit.

Paragraphe I : Le possible remboursement

Le remboursement est la voie classique de paiement des créanciers. Il intervient sans que ceux-ci n'entreprennent ou ne fassent recours aux voies d'exécution. Il s'agit là d'une procédure normale et classique différente des voies d'exécution. Cependant, le remboursement intervient pour mettre le bien au service de l'union. Le régime de remboursement diffère, selon qu'il s'agisse de la matière mobilière (A) ou immobilière (B).

A- Le remboursement du titulaire de sûreté mobilière classique

Selon l'art 50 de l'AUS, les sûretés mobilières sont : *le droit de rétention, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et les privilèges*. A la lecture de cette disposition, nous constatons que, contrairement au droit initial des sûretés, le nouveau droit a fait recours à certaines pratiques du commerce international et les a érigées en sûreté²⁷⁶. Mais, notre analyse va porter uniquement sur les sûretés conventionnelles mobilières classiques, notamment le gage et le nantissement. Il s'agira donc, pour nous, de mettre l'accent sur le remboursement des créanciers munis de telles garanties. Il est prévu par le législateur en ces termes, *le syndic, autorisé par le juge commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse*²⁷⁷, *le gage, le nantissement ou le droit de rétention*²⁷⁸ *conventionnel constitué sur un bien du débiteur*²⁷⁹. Ainsi est consacré le principe du retrait contre remboursement et cela, peu importe, qu'il s'agisse de gage ou de nantissement. Donc, la dépossession n'est plus une condition légale de retrait contre paiement. Bien vrai que ce texte soit protecteur des intérêts desdits créanciers, il est, néanmoins, suffisamment porteur d'incohérences.

Mais avant de relever ces différentes incohérences, il serait intéressant de préciser le terme de remboursement. Pour ce faire, la question qui se pose est de savoir ce qu'il renferme ? Le vocabulaire juridique nous précise qu'il est la *restitution en argent ; reversement à une personne, en exécution d'une obligation de restitution, d'une somme d'argent que cette personne avait précédemment versée (prêtée, ou payée)*. Par exemple, *remboursement d'une*

²⁷⁶ Nous faisons allusion, à la propriété sûreté et le droit de rétention qui sont des sûretés conférant un droit réel de préférence à l'opposé d'un simple droit de préférence conféré aux titulaires de sûretés réelles conventionnelles classiques.

²⁷⁷ En effet, l'utilisation de *masse* ici peut prêter à confusion, car celle-ci est usitée en droit du redressement et contrairement à celui de la liquidation ou elle prend une autre appellation celle de l'*union*. Et concernant la nature juridique de celle-ci, v. NEMEDEU (R.), Le principe d'égalité des créanciers : Vers une double mutation conceptuelle (Etude à la lumière du droit français et OHADA des entreprises en difficulté), RTD Com. 2008 p.241.

²⁷⁸ Celui-ci ne sera pas évoqué ici, car il fait l'objet d'étude infra (v. titre2).

²⁷⁹ Art 149 alinéa 1^{ER} de l'AUPCR.

*somme indument payée, du prix du billet après annulation de la séance ou d'un prêt*²⁸⁰. C'est ce dernier cas qui nous intéresse, car c'est le prêteur qui exige des garanties de paiement, lui permettant d'être remboursé. A l'issue de ce remboursement, le bien grevé sera retiré au profit de l'union.

Il découle du passage, « *retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement...* », puisque le retrait suppose la possession de la chose. A cette volonté législative, sans ambages, de consacrer cette faveur à tous les créanciers munis de sûretés réelles classiques, est confrontée celle de la pratique. Qu'en est-il donc en pratique ?

La jurisprudence française estime que le nanti ne doit pas bénéficier du retrait contre remboursement, au motif que son droit n'est pas assorti d'un droit de rétention²⁸¹. Donc, il ne peut, en aucun cas, bénéficier des avantages de cette disposition²⁸². Cette décision, bien qu'intervenue lors de la cession d'actif, peut servir d'illustration à travers la question de droit soulevée²⁸³. La valeur accordée à cet arrêt par les juges de la haute juridiction, notamment la cour régulatrice laisse présumer une possible application de celui-ci dans l'espace OHADA en s'inspirant du droit français. Et d'ailleurs, c'est en visant cette disposition d'inspiration française, notamment, l'art. L. 622-21 alinéa 1^{er} du Code de commerce, que ladite cour a statué. Nous abordons dans le même sens en respectant la lettre de l'article visé. Cette position jurisprudentielle, bien vraie que positivement accueillie par la doctrine²⁸⁴ ne demeure pas moins critique, parce qu'en l'espèce, les créanciers avaient demandé, suite à une opposition formulée par eux, l'attribution judiciaire desdits biens, notamment l'outillage et le matériel d'équipement qui faisaient l'objet de cette sûreté, chose qui relevait de leur droit²⁸⁵. Et c'est suite à cela qu'ils ont accepté cette alternative qui leur a même été proposée. Donc, ces créanciers avaient fait une demande légitime. En plus, la question de droit qui était en jeu, notamment, celle de savoir si le juge-commissaire a agi dans les limites de son pouvoir en modifiant l'ordre de préférence des créanciers est inopportune, car celui-ci et la priorité de paiement sont distincts, ce dernier découle de la négociation et surtout de l'utilité de la créance²⁸⁶. En l'espèce, pour que la créance

²⁸⁰ CORNU (G.), (Ss dir.), Op. cit. v. remboursement.

²⁸¹ Cass. com. 04 janv. 2005, Bull. civ. IV, n°01, D. 2005. p. 970., Obs. AYNES (A).

²⁸² Il s'agit des dispositions de l'art. L. 622-21 alinéa 1^{er} du Code de commerce français. Cet article est le pendant de celui 149 alinéa 1^{er} de l'AUPCR.

²⁸³ Parce que la question de droit qui portait sur la limite des pouvoirs du juge commissaire soulevait aussi, celle de savoir si le nanti bénéficie d'un droit de rétention, v. AYNES (A.), Ibid.

²⁸⁴ AYNES (A.), Ibid.

²⁸⁵ AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, coll., Op. cit., p.296.

²⁸⁶ CROCQ (P.), « Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective », Op. cit., p.433.

de l'AGS puisse primée celle du nanti, faudrait-il que la première soit servie dans la réalisation de la seconde. Or, tel n'était pas le cas, puisque le paiement du nanti n'était pas sur le fruit de la réalisation du bien grevé. Donc, le juge-commissaire n'avait pas du tout modifié l'ordre. Et même si tel était le cas, l'ordre n'est qu'une simple préférence permettant au juge et au liquidateur de le méconnaître. Et d'ailleurs la jurisprudence fait une nette distinction entre les notions de sûreté, de garantie et surtout de priorité²⁸⁷. Pour preuve, elle est même allée loin en primant la créance d'un bailleur sur celle d'un créancier postérieur²⁸⁸.

La question peut être abordée autrement en droit OHADA, parce que les privilèges de l'AGS sont généraux et bénéficient du même rang que le nanti²⁸⁹. Mais, elle aura le même dénouement, puisque le paiement demeure *le prix de la course*²⁹⁰ et les sacrifices du redressement de l'entreprise ou de la liquidation doivent être, supportés par les créanciers munis de privilèges généraux et non ceux titulaires de sûretés réelles conventionnelles classiques. Et la volonté du législateur OHADA n'est pas en déphasage avec celle-là, car, lors de la réforme des sûretés en 2010, il les a assortis d'une publicité au RCCM qui conditionne leur opposabilité, parce que lesdits privilèges renfermaient des sommes colossales et étaient occultes, donc, causaient beaucoup de préjudices aux autres créanciers antérieurs.

En outre, lorsqu'il s'agit du gage avec dépossession, le problème ne se pose pas, puisqu'il est assorti du droit de rétention. Toutes les inquiétudes sont au niveau de la dépossession. Mais, nous pensons qu'il serait très maladroite de désintéresser un gagiste rétenteur dont la créance est née postérieurement après celle du gagiste non muni de droit de rétention, car le conflit entre ceux-ci est réglé par la publicité, la publicité du dernier fait primer les droits de celui-ci à celui-là. Ainsi rembourser un gagiste rétenteur, sous prétexte qu'il a un pouvoir réel de blocage sur la chose, serait ignorer les droits du premier. Nous n'avons pas de jurisprudence en la matière mais nous osons espérer une bonne application de ces dispositions.

Il faut préciser également que le remboursement peut intervenir en l'absence de toute dépossession du constituant, car tel est l'esprit du législateur lorsque de façon explicite, ce dernier prévoit un remboursement contre retrait, sachant bien que le gage et le nantissement ne

²⁸⁷ Cass. com. 05 févr. 2002, pourvoi n°98-18.018, arrêt n°338 FS-P, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/Froehlich, D. 2002. p.805, Obs. LIENHARD (A.). Dans le même sens, v. MARTIN-SERF (A.), L'art. 40 (C. com., art. L. 621-32) a institué une simple priorité de paiement et non un privilège au sens de l'art. 2095 c. civ., Op. cit.

²⁸⁸ Cass. com. 20 mars 2001, Op. cit.

²⁸⁹ V. art. 167 de l'AUPCR. A la lecture de cet article, lesdits créanciers sont au cinquième rang et se surclassent à travers leur date d'opposabilité aux tiers, c'est-à-dire leur date de publicité.

²⁹⁰ MARTIN-SERF (A.), Créancier de l'art. 40, Op. cit., p.210.

supposent plus la dépossession. Il a entendu doter ces sûretés d'un droit de rétention fictif, en les dématérialisant²⁹¹. Mais à la différence du droit français, le droit OHADA doit permettre aux créanciers d'avoir un traitement égal, parce que, les sacrifices consentis par les titulaires de sûretés sans dépossession, sont énormes et, de ce point de vue méritent d'avoir, à défaut d'une faveur, un traitement équitable. Raison pour laquelle cette décision des juges de rembourser le nanti, même si elle n'a pas prospéré, mérite de servir une source d'inspiration en droit OHADA, afin de permettre à la sûreté d'atteindre sa raison d'être. D'ailleurs, il ne sert à rien de ruiner une sûreté, lorsque le débiteur est en cessation des paiements, parce qu'il y a de quoi douter de sa chance d'être sauvé²⁹², surtout lorsqu'il s'agit de la liquidation des biens, notamment de sa disparition sous prétexte d'un ordre de répartition controversé²⁹³.

B- Le remboursement du titulaire de sûreté immobilière

En effet, le titulaire de sûreté immobilière est celui dont la créance a été garantie par un immeuble. Il s'agit des sûretés sur les immeubles, notamment, les privilèges, le gage immobilier (antichrèse) et les hypothèques. C'est cette dernière qui est consacrée par le législateur OHADA et elle reste la seule sûreté réelle immobilière de cet espace²⁹⁴. *Elle est l'affectation d'un immeuble déterminé ou déterminable appartenant au constituant en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables. Elle est légale conventionnelle ou judiciaire*²⁹⁵. La disposition visée réaffirme la théorie de l'affectation dans la constitution des sûretés réelles, sans oublier celle de la propriété du bien pouvant faire l'objet de sûreté. En l'espèce, le constituant doit être propriétaire du bien affecté. Sans verser dans la théorie controversée du possesseur de bonne foi, nous allons nous intéresser au sort du créancier hypothécaire dans le cadre du remboursement de sa dette. Mais, peut-on envisager le remboursement de celui-ci contre retrait ? Le terme n'est-il pas inapproprié, vu que l'hypothèque, en principe, est une sûreté sans dépossession ? Compte tenu du caractère fixe de l'immeuble, est-il opportun de parler de remboursement contre retrait ?

²⁹¹ PEROCHON (F.), « Les interdictions de paiement et le droit des sûretés réelles », Op. cit., n°18. Dans le même sens, v. DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), « Le nouveau paysage du droit des sûretés : Première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », D. 2008. p. 2300.

²⁹² CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés, La modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif », Op. cit., p.62.

²⁹³ V. Cass. com. 05 déc. 1995, Bull. civ. IV., n°285, in CROCQ (P.), « Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective », Op. cit., p.433. Dans le même sens, MARTIN-SERF (A.), « Créancier de l'art.40., Liquidation judiciaire », Op. cit. p.210.

²⁹⁴ ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in Traité et actes uniformes commentés et annotés, Op. cit. p.949.

²⁹⁵ Art.190 de l'AUS.

L'idée semble inappropriée au regard de la nature de cette garantie. Cette question semble intriguer la doctrine. Qu'en est-il du législateur ?

Il semble tout aussi muet sur la question. Mais à la lecture de l'art. 149, alinéa 1^{er} cité précédemment selon lequel, *le syndic autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur*. Nous jugeons nécessaire d'étendre cette possibilité à l'hypothèque d'autant plus qu'elle partage la même catégorie des sûretés réelles sans dépossession avec celles alloties de ce droit. Cela permettra également de la munir d'un droit de rétention même s'il serait fictif, car la force de la sûreté dans les procédures collectives réside dans la loi²⁹⁶. La preuve, en France, avec la restriction des droits des titulaires de sûretés réelles classiques dans les procédures collectives, les dispensateurs de crédit ont initié d'autres mécanismes plus efficaces susceptibles de résister contre toutes les vicissitudes des procédures collectives. Il s'agit de la fiducie. Malheureusement, dans le souci de sauvegarder les entreprises en difficulté, le législateur est intervenu pour réduire son efficacité dans la période de sauvegarde²⁹⁷. La position de la jurisprudence est claire, elle refuse toute acceptation de l'expression *immeuble retenue*²⁹⁸. Malgré la dématérialisation de la rétention, la jurisprudence peine à donner à ce terme toute sa splendeur. Nous espérons une meilleure solution en droit OHADA.

En outre, le remboursement qui sous-entend le paiement, peut s'effectuer sans le retrait. Mais toujours est-il que, lorsqu'on paie le créancier hypothécaire en remboursant sa dette dans le cadre d'un prêt, on récupère en même temps l'immeuble grevé, puisque ce paiement vaut purge de la sûreté, sauf que le terme utilisé n'est pas adéquat. Or, en se référant à la technique de constitution de la sûreté, on voit bien que celle-ci se réfère à la théorie de l'affectation, d'où la définition même de l'hypothèque qui en découle. Ainsi, une chose affectée peut être retirée. Donc, le remboursement contre retrait est bien possible. D'ailleurs, c'est le mode normal d'exécution de l'obligation du débiteur. Il se produit sans que le créancier actionne sa sûreté, à défaut pour le liquidateur de désintéresser le créancier hypothécaire afin de mettre au service

²⁹⁶ BOUCHEROL (L.), Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ?, RDBF, n°05, Sept. 2014, Dossier 36, p.22. Cet auteur estime que l'efficacité des sûretés préférentielles dépend de leur rang or ce dernier découle du classement législatif donc de la loi.

²⁹⁷ ROUSSEL GALLE (Ph.) et PEROCHON (Fr.), Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal, Rev. proc. coll. n°01, Janv. 2016, dossier 12. Dans le même sens, v. DAMMANN (R.) et LE BEUZE (G.), Réforme des sûretés et des procédures collectives : Quelles sûretés choisir ?, Cah. Dr. de l'entr. n°02, mars 2007, dossier 09.

²⁹⁸ PEROCHON (Fr.), Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, Op. cit., p.651.

de l'union l'immeuble grevé. Il peut également procéder par la vente en observant les dispositions de la saisie immobilière. Cette dernière renferme deux variantes : celle par adjudication et de gré à gré. Mais avant d'aborder ces deux variantes, une définition de la notion s'avère nécessaire.

Il faut reconnaître qu'il s'agit d'une technique par excellence usitée en droit commercial²⁹⁹ et, de façon générale, en droit des affaires. C'est l'une des pierres angulaires du monde des affaires. Elle se définit comme un *contrat par lequel l'une des parties, le vendeur, transmet la propriété d'une chose et s'engage à livrer celle-ci, à une autre, l'acheteur ou l'acquéreur, qui s'oblige à lui en payer le prix*³⁰⁰. De cette définition découle ses éléments clés, notamment, la chose et le prix. C'est un concept large³⁰¹. Mais, dans le cas d'espèce, il s'agit de la vente des biens du failli. Elle désigne, le *nom donné à la vente forcée des biens appartenant à une personne en liquidation judiciaire selon les formalités prescrites par la loi*. Et comme évoqué plus haut celle-ci prévoit l'adjudication et la vente de gré à gré. Ces dernières renferment des variantes. La première, appelée vente aux enchères publiques comprend celle par adjudication judiciaire qui s'effectue à la barre du tribunal et celle amiable devant un notaire³⁰². Quel serait le sort du créancier hypothécaire dans une telle procédure, autrement dit comment serait-il remboursé ?

Avant de répondre à cette question, il est intéressant d'évacuer certaines équivoques. La première est celle de l'hypothèque non inscrite qui ne permet pas à son bénéficiaire de se prévaloir du statut de créancier hypothécaire. Toutefois, celui-ci est fondé à produire sa créance comme chirographaire. Mais lorsqu'il a rempli les formalités de publicité au registre foncier, il bénéficie des prérogatives, tels que, le droit de préférence qui s'exerce sur le prix de la vente et le droit de suite qui permettent de garantir son droit contre l'éviction, contre une éventuelle utilisation du bien par le constituant ou le débiteur, parce qu'il s'agit d'une garantie sans dépossession qui est à la merci du constituant. Ainsi, qu'il s'agisse de vente à la barre d'une juridiction ou d'un notaire, le créancier hypothécaire doit, bénéficier d'un paiement prioritaire en usant de son droit de préférence sur le prix de vente de l'immeuble grevé.

²⁹⁹ Pour l'info sur la vente commerciale, v. SANTOS (A. P.), Commentaire de l'Acte uniforme du 15 déc. 2010 portant sur le droit commercial général, in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 4^{ème} éd. 2012, p.340 et svt.

³⁰⁰ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., v. vente.

³⁰¹ SANTOS (A. P.), *Ibid.*

³⁰² HOUIN-BRESSAND (C.), *Les immeubles grevés*, Rev. proc. coll., n°02, mars 2015, dossier 27, p.01 et svt.

La seconde équivoque est relative à la production de la créance. Elle est obligatoire pour l'hypothécaire à l'ouverture d'une procédure collective et permet à ce dernier de conserver ses droits contre le failli. A défaut, il aura un droit mais non assorti d'action.

En outre, il existe la vente de gré à gré, moins importante en droit des procédures collectives³⁰³, sauf si elle est jugée opportune par le liquidateur afin d'avoir un mieux-disant, à ne pas confondre avec un mieux-offrant. Cependant, cette forme de réalisation présente des inconvénients et des avantages de parts et d'autres. D'un côté, le débiteur va supporter la charge de la purge de la sûreté en l'absence de dispense³⁰⁴. Et de l'autre, le créancier risque de subir les foudres d'un avis à tiers détenteur, lorsque le prix de la réalisation se trouve dans les mains d'un notaire. C'est pourquoi, il est préférable que ladite somme soit remise automatiquement au liquidateur. Et puisque le classement institué n'est pas d'ordre public, et que le syndic répartiteur en collaboration avec le juge-commissaire peut tenir compte d'un autre critère, tel que celui téléologique³⁰⁵, celui-ci peut servir à éliminer certains créanciers postérieurs privilégiés au profit du créancier hypothécaire. En sus, la question du paiement prioritaire étant à distinguer avec celle de rang, ce dernier peut obtenir un remboursement complet à la suite de la réalisation de sa sûreté. A défaut, et lorsque ce fait résulte de l'inertie du liquidateur, les créanciers munis de sûretés réelles classiques peuvent mettre en œuvre leur droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic³⁰⁶.

Paragraphe II : La possible poursuite individuelle

Cette alternative est accordée aux créanciers munis d'un droit de préférence, en l'occurrence, munis de sûretés réelles classiques. Elle leur permet de mener des poursuites pouvant aboutir à leur désintéressement. Toutefois, cette procédure est une exception en droit des procédures collectives qui commande un traitement égalitaire et global des intérêts des créanciers. Ceux-ci sont même réunis en masse ou union, selon les formes de procédures. Cependant, le créancier, après avoir entamé ladite procédure, doit informer le mandataire judiciaire. Elle peut être simple ou complexe et diffère selon qu'on soit en matière mobilière (A) ou immobilière (B).

³⁰³ HOUIN-BRESSAND (C.), « Les immeubles grevés », Op ; cit., p.02.

³⁰⁴ HOUIN-BRESSAND (C.), Ibid., p.03.

³⁰⁵ Cass. com., du 19 oct. 1970, Gaz. Pal. 1971. 1. 72, in CROCQ (P.), « L'hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire », Op. cit.

³⁰⁶ Art 150 alinéa 3 de l'AUPC révisé.

A- Le paiement en matière mobilière

Il s'agit du paiement des créanciers titulaires de sûretés mobilières classiques (gage et nantissement). Avec la réforme des sûretés³⁰⁷, le législateur, en s'inspirant de l'ordonnance française de 2006 reformant le droit des sûretés, a fait de la nature corporelle et incorporelle, la distinction entre le gagiste et le nanti. Le premier trouve son droit dans l'affectation d'un bien corporel et le second dans celle d'un bien incorporel. Le couple infernal³⁰⁸ entre sûretés et procédures collectives nous amène à nous interroger sur le sort de la première. La bataille s'annonce rude et les armes pour la gagner restent l'apanage du législateur. Et lorsque l'entreprise ne présente plus d'espoir, il fait son choix en faveur des créanciers munis de plusieurs sûretés. La solution devient la liquidation qui consiste à réaliser l'actif afin d'apurer le passif. Ainsi, pour répondre à l'inertie du liquidateur, l'art. 149 alinéa 2 dispose que « *si dans le délai de trois (03) mois suivant la décision prononçant la liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic* ». Le principe du paiement par poursuite individuelle vient d'être consacré. Il offre au créancier la possibilité de saisir le bien grevé et de le vendre afin de se faire payer par préférence aux autres créanciers. Il s'agit des sûretés mobilières par inscription. Par contre, lorsqu'il s'agit de celles avec dépossession, le gagiste ne va pas procéder par saisie mais sollicitera une autorisation judiciaire pour la vente³⁰⁹ à l'amiable, car, elle est prohibée sans autorisation de justice. C'est donc, une manière pour ce dernier, d'actionner son droit préférentiel. Une telle vente du bien grevé s'exerce conformément aux dispositions de la saisie mobilière. Et comme souligné précédemment, elle peut être faite par adjudication ou de gré à gré, chacune comportant des variantes.

C'est cette situation qui est matérialisée en ces termes : *faute de paiement à l'échéance, le créancier gagiste muni d'un titre exécutoire peut faire procéder à la vente forcée de la chose gagée et se faire payer sur le prix jusqu'à concurrence de sa créance*³¹⁰. La jurisprudence aborde dans le même sens³¹¹. La même solution est applicable en matière de nantissement.

³⁰⁷ Il s'agit de celle intervenue en 2010.

³⁰⁸ ROUSSEL GALLE (Ph.) et PEROCHON (Fr.), « Sûretés et procédures collectives, le couple infernal », Op. cit.

³⁰⁹ Celle-ci renvoie à la clause de voie parée qui est interdite en droit OHADA et français, v. AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll., Op. cit., p.283.

³¹⁰ Art 56-1 de l'AUS initial devenu, celui 104 alinéa 1^{er} après la réforme de 2010.

³¹¹ TRHC Dakar, n°1970, 02-12-2003 : SFE c/Madieng, Ohadata J-04-265, www.ohada.com, consulté le 10 févr. 2016.

L'inconvénient de ce paiement est qu'il s'exerce par préférence. Or, en la matière, le droit préférentiel est confronté aux exigences de rang établis par le législateur³¹². Partant, les créanciers munis de sûretés mobilières classiques seront primés sur ceux privilégiés³¹³. Ce qui fait que, ce droit est fortement concurrencé et présente peu de sécurité pour le gagiste ou le nanti. Pour pallier cette insuffisance, des solutions ont été accordées auxdits créanciers, tel que l'exercice de leur droit exclusif.

Dans le cadre de leur poursuite individuelle, ils peuvent mettre en jeu l'attribution en propriété du bien grevé. C'est un mode d'exécution permettant d'échapper au concours des autres créanciers, contrairement au droit de préférence, qui s'exerce dans le concours. Le créancier muni de sûreté mobilière classique a, la possibilité de demander lors de la liquidation, l'attribution en justice du bien ou, de façon conventionnelle, lorsque celle-ci a été prévue au moment de la constitution de la garantie. Ces modes de réalisation sont-elles efficaces ? Autrement dit peuvent-ils permettre un paiement effectif des créanciers ? Pour répondre à cette question, nous allons voir, d'une part, l'attribution judiciaire et, d'autre part, celle conventionnelle.

Rappelons que ces poursuites sont soumises au droit commun et donne la possibilité au créancier de choisir l'option qui lui est favorable. C'est dans ce cadre, qu'en plus de la saisie, existe une autre, en dehors de celle-ci, c'est à dire l'attribution judiciaire. Elle est prévue par l'art.104 alinéa 2 de l'AUS qui dispose : « *le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien gagé lui sera attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert* ». Ainsi, le principe de l'attribution judiciaire vient d'être consacré. Qu'en est-il en droit de la cessation des paiements, notamment lors de la liquidation ? Le législateur a fait le choix de la neutralisation de celle-ci dans le traitement préventif, car la suspension des poursuites individuelles qui est inhérente à la procédure collective s'applique à tous ces créanciers³¹⁴. Cependant, le traitement curatif en fait abstraction partiellement, puisque, le législateur, en autorisant l'attribution conventionnelle³¹⁵, laisse aux commentateurs ainsi qu'aux juges, une liberté d'analyse. Qu'en est-il en pratique ?

³¹² Art 167 de l'AUPC et celui 226 de l'AUS.

³¹³ Notamment, les créanciers munis des privilèges de la conciliation et de procédure ainsi que ceux munis de privilèges généraux.

³¹⁴ Art 9 alinéa 2 de l'AUPCR.

³¹⁵ Art 150 alinéa 1^{er} de l'AUPCR.

Elle soulève plutôt le problème lié à l'évaluation du bien. Quant à la jurisprudence, elle a pu admettre avec un débiteur *in bonis* que pour l'attribution d'un bien gagé, l'évaluation n'est pas nécessaire, lorsqu'il s'agit de titres admis en bourse³¹⁶. Cette solution est applicable à un débiteur en cessation des paiements, notamment en liquidation des biens. En droit français, elle permet aux créanciers de primer les autres créanciers même privilégiés³¹⁷. Et lorsque le bien a été déjà évalué par un expert et attribué, le créancier gagiste ou nanti ne peut demander, en remplacement de celui-ci, la vente aux enchères³¹⁸. Cette faculté offerte au créancier est étendue à tous les créanciers munis de sûretés mobilières classiques, munis d'un droit de rétention³¹⁹ et en l'absence de ce droit également³²⁰. Et la solution est encore plus intéressante pour le nanti dont les droits ont été consacrés par l'Assemblée plénière. En l'espèce, il s'agissait d'un nantissement portant sur l'outillage et le matériel d'équipement³²¹. Cette solution a été étendue aux marchés de travaux privés³²².

En outre, le créancier gagiste ou nanti peut demander l'attribution conventionnelle. Elle est aussi appelé le pacte comissoire, mais à condition d'être prévu entre les parties antérieurement à la réalisation du bien grevé³²³. Qu'en est-il en droit des procédures collectives ? Le problème ne se pose pas en matière immobilière³²⁴. Cependant, le législateur reste silencieux en ce qui concerne le domaine mobilier. Et puisque nous sommes dans le cadre des poursuites individuelles qui s'opposent à celles collectives, nous pouvons affirmer, sans se tromper qu'il s'agit d'une éviction pure et simple de celles-ci, car elles interviennent pour pallier l'inertie du syndic. Donc, les dispositions du droit des sûretés qui prévoient ce mécanisme, peuvent recevoir belle et bien application, parce que les créanciers ont le choix entre les voies de réalisation prévues en droit des voies d'exécution et celles prévues par le droit des sûretés. C'est ce dernier

³¹⁶ C.A Abidjan, n°875, du 09-07-2002, Aff/ Société VANSCO Air Freight Import Export, Jhon Marques Gabriel KAKUMBA c/ ECOBANK, SGBCI et autres, Ohadata J-03-31, www.ohada.com, consulté le 20 févr. 2016.

³¹⁷ Cass. com., 06 mars 1990, Bull. civ. IV. N°67, in AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll., Op. cit., p.284.

³¹⁸ CA Lyon, 16-10-1980, JCP G 1981. IV. 376.

³¹⁹ Cass. com. 06-03-1990, Bull. civ. IV., p. 46.

³²⁰ Cass. com. 06-01- 1980 JCP 1998, I, n° 149, n° 19, obs. DELEBECQUE ; RTD com. 1998, p. 664, obs. BOULOC, in PIEDELIEVRE (St.), « Le superprivilège des salaires ne peut faire obstacle à l'attribution judiciaire du gage du créancier nanti même non assorti d'un droit de rétention », D. 1998, p. 375.

³²¹ Cass. ass. plén., 26-10-1984, D. 1985, p.33, Obs. DERRIDA (F.).

³²² Cass. com., du 19-01-1988, Bull. civ. IV., p.30. Dans le même sens, v. Cass. com. 28 avr. 1987, Bull. civ. IV., n°96 ; D., 88, som., 5.73, n.crit. DERRIDA (F.), in AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll., Op. cit., p.285.

³²³ V. Art. 104 alinéa 3 de l'AUS pour le gage, la même solution est applicable au nantissement à l'exception de celui du fonds de commerce.

³²⁴ V. Art 150 alinéa 1^{er} de l'AUPCR.

qui prévoit le pacte commissaire comme étant un mode de réalisation de la sûreté réelle classique³²⁵.

Le pacte commissaire est défini comme *la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé*³²⁶. Il permet de primer tous les autres créanciers en mettant son titulaire à l'abri du concours donc, hors de celui-ci. Le créancier en question bénéficie automatiquement du bien, en cas de défaillance de son débiteur, c'est-à-dire que le bien lui ait attribué immédiatement. En pratique son application ne pose aucun problème³²⁷. D'ailleurs, les professeurs AYNES et CROCQ parlent d'automaticité du pacte³²⁸ de même que le professeur PEROCHON, qui estime que sa mise en œuvre est automatique, dès lors que le débiteur est défaillant. Donc, le créancier devient immédiatement propriétaire du bien grevé³²⁹. Une façon pour ces créanciers de pouvoir mettre en œuvre lors de la réalisation de leur sûreté un droit exclusif en leur faveur.

En plus des sûretés mobilières, la poursuite individuelle s'étend aussi aux sûretés immobilières.

B- Le paiement en matière immobilière

Il est coutume de dire « Chacun pour soi, Dieu pour tous ». Si cet adage paraît vrai dans la vie courante, il le demeure moins en droit des procédures collectives. Le législateur dans le cadre du redressement ou de la liquidation de l'entreprise, soumet les titulaires de sûretés spécifiques au « gel du passif » et, par conséquent, au traitement collectif corollaire de la suspension des poursuites individuelles. Cependant, face à l'inertie du syndic, les créanciers bénéficiaires de sûretés spéciales traditionnelles, en l'occurrence, les créanciers hypothécaires peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle afin d'obtenir paiement. Ainsi, conformément aux dispositions de l'art 150 al. 3 de l'AUPC : « si, dans le délai de trois (03) mois suivant la décision de liquidation des biens, le syndic n'a pas entrepris la procédure de réalisation des immeubles, le créancier hypothécaire peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic »³³⁰. Cette disposition permet au créancier hypothécaire d'entamer la poursuite contre son débiteur, suite à l'immobilisme ou à l'inertie du

³²⁵ Art 104 alinéa 3 pour le gage, art 199 alinéa 2 pour l'hypothèque.

³²⁶ CORNU (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, Op. cit., v. Pacte commissaire.

³²⁷ V. Cass. civ. 1^{er}, 17 nov. 1959, Bull. civ. I, n°480 ; D., 60, som., 37 ; Gaz. Pal., 60.I.62, in AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll., Op. cit., p.287.

³²⁸ AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll., Op. cit., p.287.

³²⁹ PEROCHON (Fr.), « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », Op. cit., n°10.

³³⁰ Art 150 alinéa 3 de l'AUPC révisé.

liquidateur, c'est-à-dire lorsque ce dernier n'envisage pas dans le délai légal la procédure de réalisation du bien grevé afin de désintéresser le créancier.

En l'espèce, le créancier hypothécaire a les mêmes droits que le gagiste ou le nanti. Il bénéficie des mêmes alternatives de réalisation et pourra, par conséquent, choisir entre l'exécution forcée et les voies de contournement de celle-ci.

Concernant la première, l'appellation commune est la saisie immobilière. Elle est la procédure par laquelle un créancier poursuit la vente par expropriation forcée des immeubles appartenant à son débiteur défaillant ou de ceux affectés à sa créance³³¹. Elle relève de la vente aux enchères. Nous avons, d'une part, l'adjudication et, d'autre part, la vente de gré à gré. La première est la procédure la plus usitée dans la procédure de liquidation. Elle consiste en *l'attribution d'un bien meuble ou immeuble mis aux enchères, à la personne offrant le prix le plus élevé. En matière de saisie immobilière, le jugement d'adjudication constitue un titre d'expulsion à l'encontre du saisi*³³². Qu'en est-il du sort du créancier hypothécaire en cas d'adjudication ? Pour répondre à cette question, il faudra faire une distinction entre le jugement d'adjudication intervenu avant l'ouverture de la procédure et celui intervenu après son ouverture. La première hypothèse est opposable à la procédure collective³³³. C'est ce qui ressort de la décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation, mais à condition que ce jugement ait été publié antérieurement à l'ouverture de la procédure collective³³⁴. Donc, le créancier hypothécaire pourrait exercer son droit de préférence sur le prix de la vente et obtenir le paiement prioritaire. A contrario, ce dernier va subir les exigences de l'ordre de paiement établi. Et c'est le liquidateur qui procédera à la répartition, en tenant compte du rang des créanciers. La conséquence est la neutralisation du droit préférentiel, sauf à limiter celui-ci à l'éviction des chirographaires seulement. Toutefois, une jurisprudence antérieure en date du 05 déc. 1995 estime que peu importe que cette publicité soit intervenue avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Donc, celle-ci consacre uniquement l'antériorité de la date du jugement d'adjudication et celle de la publicité. De toute façon, en l'espèce, l'accent a

³³¹ DIOUF (N.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avr. 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 4^{ème} éd. 2012, p.1090.

³³² *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, Op cit., v. Adjudication.

³³³ Pour la question de l'opposabilité du droit hypothécaire à la procédure collective, v. HOUIN-BRESSAND (C.) et PREROCHON (Fr.), « Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives », Op. cit., dossier 16.

³³⁴ Cass. com., 23 janv. 1996, Dalloz Affaires, p.326, in CROCQ (P.), « Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire », Op. cit., p.433.

été mis sur le caractère utile de la créance. Ainsi, le créancier hypothécaire a bénéficié du paiement prioritaire sur le prix de la vente au détriment des frais de justice³³⁵. Une telle solution mérite d'être appliquée en droit OHADA et permettra d'asseoir l'efficacité des sûretés réelles, gage du développement du crédit.

En ce qui concerne la vente de gré à gré de l'immeuble grevé dans la procédure collective, elle demeure moins fréquente que la vente aux enchères, sauf si le juge-commissaire estime qu'elle peut permettre d'obtenir un meilleur prix³³⁶. Nous pensons également qu'une telle vente est très difficilement acceptable dans la liquidation des biens, car il s'agit d'une vente volontaire qui doit intervenir en l'absence de toute saisie. Or, dans le cas d'espèce, nous sommes au moins en présence d'une vente dans la procédure collective. Cependant la complexité de celle-ci, nous amène à lui accorder une place, puisque le défi reste celui du désintéressement des créanciers et pour l'atteindre, il faut un prix élevé de la vente des biens.

Et lorsque l'immeuble hypothéqué est commun et que l'un des époux fait l'objet de procédure collective, la solution demeure la même puisque l'immeuble est indivisible. Ce qui fait que les créanciers de l'autre seront soumis à la suspension des poursuites individuelles et à l'arrêt des paiements. Ainsi, ils sont assujettis à la production de leur créance afin d'obtenir paiement. A défaut, ils seront encore plus lésés que les chirographaires. Donc, leur désintéressement se fait sur le prix de la vente, après celui des créanciers admis³³⁷.

Malheureusement, qu'il s'agisse de la vente aux enchères ou de gré à gré, le risque d'impayé du créancier hypothécaire demeure toujours, car celui-ci va faire usage de son droit préférentiel dans le concours. Or, en principe, ce dernier est primé par les privilèges généraux et avec l'évolution de ce droit, par ceux relatifs à la conciliation et à la procédure³³⁸, notamment, les créances de *new money*³³⁹. Il est donc préférable que ce dernier mette en œuvre son droit exclusif qui le met à l'abri de tout concours.

³³⁵ CROCQ (P.), Hypothèque. Privilèges des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variations sur la primauté du créancier hypothécaire, Op. cit., p.433.

³³⁶ HOUIN-BRESSAND (C.), Les immeubles grevés, Op. cit., n°09.

³³⁷ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. Op. cit., n°684.

³³⁸ Art. 166 et 167 de l'AUPCR. Dans le même sens, v. AYNES (L.) et CROCQ (P.), Ibid., n°460- 468.

³³⁹ C'est-à-dire argent frais.

La mise en jeu de ce droit passe nécessairement par l'attribution en propriété du bien grevé, c'est-à-dire que ledit créancier doit mettre en mouvement le droit de propriété afin d'être payé. Il peut le faire par le biais du tribunal ou d'une convention.

Le premier est appelé attribution judiciaire et est consacrée par le législateur de l'AUS en ces termes, *à moins qu'il ne poursuive la vente du bien hypothéqué selon les modalités prévues par les règles de la saisie immobilière, auxquelles la convention d'hypothèque ne peut déroger, le créancier hypothécaire impayé peut demander en justice que l'immeuble lui demeure en paiement. Cette faculté ne lui est toutefois pas offerte si l'immeuble constitue la résidence principale du constituant*³⁴⁰. Ce qui consacre le principe de l'attribution judiciaire avec comme exception la résidence principale du constituant ou du tiers-constituant. Qu'en est-il de son application en droit des procédures collectives ? Le législateur de ce droit reste silencieux. Mais, l'application de ce principe ne doit pas poser de problème, puisqu'il s'agit d'une poursuite individuelle par le créancier hypothécaire face à l'inertie du syndic dans la réalisation de l'immeuble grevé afin d'obtenir paiement, sauf à opposer à celui-là le concours d'un expert dans le cadre de l'évaluation dudit bien. Ce qui est normal. En plus, le législateur a prévu l'attribution conventionnelle dans la liquidation des biens³⁴¹. Or, celle-ci est plus risquée pour le constituant. C'est pourquoi, nous pouvons en déduire son admission possible, malgré l'absence de texte spécial³⁴², chose qui n'est pas nécessaire dans de telle circonstance, parce que nous considérons à tort ou à raison qu'il s'agit d'un oubli législatif. Et d'ailleurs, des grands spécialistes du droit des sûretés en France ont estimé qu'une telle absence ne constitue pas un obstacle à son jeu en liquidation judiciaire³⁴³. Nous pensons que ces arguments suffisent amplement pour son admission³⁴⁴. Qu'en est-il de la jurisprudence ?

En droit français, la question a été soumise à l'appréciation d'un tribunal qui a donné une fausse solution à un vrai problème. Selon cette juridiction, le créancier hypothécaire est fondé dans son action face à l'inaction du liquidateur durant trois (03) mois après le jugement d'ouverture de la liquidation³⁴⁵. Ce qui est conforme à la lettre de l'art 150 alinéa 3 de l'AUPC révisé. En

³⁴⁰ Art 198 de l'AUS.

³⁴¹ Art 150 alinéa 1^{er} de l'AUPCR.

³⁴² BOUSTANI (D.), « L'attribution judiciaire d'un bien hypothéqué en liquidation judiciaire refusée », D. 2016, p.1185, n°03.

³⁴³ CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PETEL (P.), *Droit des sûretés*, 9^e éd., 2010, LexisNexis, Litec, n° 1095, in Le CORRE (P.-M.) et LUCAS (Fr.- X.), « Droit des entreprises en difficulté », D. 2016, p.1894.

³⁴⁴ Le CORRE (P.-M.) et LUCAS (Fr.- X.), Ibid.

³⁴⁵ T. mixte com. Saint-Pierre, 1^{er} mars 2016, n° 2015/003678, *Baidjibay Distribution c/ Selarl Hirou es qual.*, D. 2016. 1185, note BOUSTANI (D.), in Le CORRE (P.-M.) et LUCAS (Fr.- X.), Ibid.

poursuivant son argumentaire, elle estime que cela doit se faire conformément à *l'ordre des privilèges*. C'est cet argument que nous ne partageons pas, car l'attribution judiciaire ne rime pas avec l'exercice d'un quelconque ordre de privilège. Ce dernier s'exerce sur le prix de la réalisation du bien et suppose un concours des créanciers. Or, l'attribution est synonyme d'exclusion et d'indépendance³⁴⁶ de celui-ci, d'où la mise en œuvre d'un droit exclusif.

En plus de l'attribution judiciaire, est consacrée l'attribution conventionnelle, explicitement prévue par l'art 150 al. 1^{er} de l'AUPCR. Selon cette disposition, « *les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, sauf dans le cas où ladite saisie est soumise à une clause extrajudiciaire conformément à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Toutefois, le juge-commissaire fixe après avoir recueilli les observations des contrôleurs s'il en a été nommé, le débiteur et le syndic entendu ou dûment appelés la mise à prix et les conditions essentielles de la vente et détermine les modalités de la publicité* ». Le pacte comissoire vient d'être consacré en droit de la liquidation des biens. Cependant l'application de ce texte peut prêter à confusion. Et cela à travers l'utilisation de l'adverbe *toutefois*, car celui-ci est synonyme, en droit, de réserve, d'exception, de limitation, en autorisant le juge-commissaire à *fixer le prix et les conditions essentielles de la vente*. Le tribunal pourrait penser que cette faculté s'étend même à l'attribution en propriété fût-elle judiciaire ou conventionnelle. Et, c'est ce qui a probablement poussé le tribunal à estimer que l'attribution en propriété judiciaire est soumise aux exigences de l'ordre des privilèges³⁴⁷. Qu'en est-il du pacte comissoire dans le cadre du droit de la liquidation des biens ? En droit français, le jugement d'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à la conclusion et la réalisation d'un tel pacte³⁴⁸. Par contre en droit OHADA, et comme souligné plus haut, il est admis en liquidation des biens³⁴⁹. En l'absence d'une jurisprudence explicite en la matière, nous osons espérer une bonne application de celui-ci, car ces voies de réalisations qui confèrent au créancier la propriété du bien grevé, permettent de les mettre à l'abri du concours, comme c'est le cas avec les sûretés réelles nouvelles.

³⁴⁶ Cass. com. 06 mars 1990, n° 88-16.036, Bull. civ. IV, n° 67 ; RTD civ. 1991. 150, obs. BANDRAC (M.) ; RTD com. 1990. 265, obs. MARTIN-SERF (A.) ; et 633, obs. BOULOC (B.) ; V. aussi, n° 88-16.037, D. 1990. 311, note DERRIDA (F.) ; dans le même sens, v. Cass. com. 6 janv. 1998, n° 95-17.399, Bull. civ. IV, n° 9 ; D. 1998. 375, obs. PIEDELIEVRE (S.).

³⁴⁷ T. mixte com. Saint-Pierre, 1^{er} mars 2016, n° 2015/003678, Op cit.

³⁴⁸ Art. L. 622-7 du Code de commerce français. Dans le même sens, v. DAMMANN (R.) et Le BEUZE (G.), « Réforme des sûretés et des procédures collectives : Quelles sûretés choisir ? », Op. cit., p.05 ; v. AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Lextenso, 9^e éd., 2015, n° 687.

³⁴⁹ CROCQ (P.), « Des créanciers et des contractants mieux protégés, Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA », Op. cit., p.62.

Conclusion du titre I

L'efficacité des sûretés réelles classiques est assurée par l'existence des moyens qui existent non seulement dans les procédures concordataires mais aussi en dehors de celles-ci.

D'abord, nous constatons, le maintien de leur garantie selon qu'il s'agisse du concordat préventif ou de redressement. Ensuite, aucun délai ou de remise ne leur est imposé sauf si le délai accordé par ledit créancier est inférieur à deux ans. Enfin, les titulaires de sûretés spécifiques classiques sont impliqués dans toutes les étapes de la formation du concordat jusqu'à son exécution. L'introduction des contrôleurs témoigne, le renforcement des droits des créanciers. Et d'ailleurs, le choix de ces contrôleurs est fait de façon distributive, c'est-à-dire en tenant compte de la nature des créances en choisissant un parmi les créanciers munis de sûretés. Le paiement des bénéficiaires de garantie réelle traditionnelle est fait en tenant compte des délais et remises librement consentis par eux.

Cependant, en dehors des procédures concordataires, les titulaires de sûretés réelles classiques peuvent faire recours aux méthodes de droit commun pour la réalisation de leur garantie. C'est le cas, lorsque le débiteur n'arrive pas à fournir un concordat sérieux de nature à prendre en compte les intérêts des créanciers. Il s'agit de ce fait de la reprise des poursuites individuelles.

L'autre hypothèse est la liquidation des biens. Dans ce cas, les droits des créanciers munis de garanties réelles sont également protégés selon qu'il s'agisse de la cession d'actif de l'entreprise ou de la cession d'un bien grevé. Pour ces cas, ils bénéficient du principe de l'affectation de quote-part³⁵⁰. En même temps, dans la réalisation de l'actif, ils ont la possibilité d'être payés à travers la méthode du retrait contre remboursement.

³⁵⁰ V. Art 162 al. 1 de l'AUPC.

Titre II : La protection des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles

L'ouverture d'une procédure collective entraîne la mise en œuvre des règles spéciales que l'on qualifie, généralement de discipline collective qui permet d'instaurer un traitement égalitaire et collectif entre les créanciers chirographaires et dont les règles sont de plusieurs ordres. Elles visent, d'une part à restreindre les droits des créanciers, à travers les mesures de suspension des poursuites individuelles, corollaire d'interdiction des paiements et, d'autre part, le redressement de l'entreprise lorsque cela est encore possible ou, le cas échéant, la liquidation du débiteur. Il s'agit des règles de portée générale qui visent la plupart des créanciers. Néanmoins, certaines mesures des procédures collectives peuvent concerner une catégorie de créanciers, en l'occurrence les créanciers munis de sûretés spéciales³⁵¹. C'est le cas lorsque pour privilégier la poursuite de l'activité ou son maintien, une cession de bien grevé ou une substitution de garantie sont envisagées. Ces pratiques peuvent être de nature à diminuer l'assiette de la sûreté, car celle-ci est réelle lorsque certains biens du débiteur garantissent le paiement de sorte qu'en cas de défaillance, le produit de la vente de ces biens est remis au créancier. Or, dans le cas d'espèce, le titulaire de sûreté spéciale va juste bénéficier d'une quote-part du prix de ladite vente.

Cependant, toutes les sûretés réelles ne sont pas soumises à ces restrictions. Il s'agit des sûretés réelles nouvelles, à la différence des sûretés réelles anciennes³⁵². Ces nouvelles³⁵³ garanties réelles sont, entre autres, le droit de rétention et la propriété-sûreté qui confèrent un droit exclusif à leur titulaire³⁵⁴ et mettent leur bénéficiaire à l'abri du concours³⁵⁵, d'où l'opposabilité des droits des créanciers propriétaires (Chapitre I) et des droits des créanciers rétenteurs (Chapitre II) à la procédure collective de leur débiteur.

³⁵¹ V. OYONO (M.), *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA*, Op cit. n°75.

³⁵² Il s'agit des anciennes sûretés réelles, notamment, le gage, le nantissement et l'hypothèque. Ceux-ci sont des sûretés réelles conventionnelles. Mais il existe également des sûretés réelles légales, en occurrence les privilèges.

³⁵³ Il est intéressant de savoir qu'il s'agit d'une technique ancienne en France. Elle a été admise en droit OHADA par l'Acte uniforme portant droit commercial général du 17 avril 1997 et avec la réforme des sûretés en 2010, elle a fait son entrée en droit OHADA des sûretés.

³⁵⁴ KALIEU ELONGO (Y. R.), *Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits*, Annales de la Faculté des sciences Juridiques et Politiques, Dschang, t. I, 1997, p.193. Dans le même sens v. AYNES (L.) et CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, LGDJ, Coll., Lextenso, 9^{ème} éd., 2015, p.405 ; également, v. CROCQ (P.), *Les sûretés fondée sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, in *Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA*, p.79 ; v. BOUGEROL (L.), *Les sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre summa divisio ?*, Op. cit., p.19.

³⁵⁵ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), *Droit des sûretés*, SIREY, 5^{ème} éd., 2016, p.349.

Chapitre I : L'opposabilité des droits des créanciers propriétaires à la procédure collective

La défaillance du débiteur met le créancier dans une situation d'incertitude par rapport au paiement de sa créance, d'où l'intérêt pour celui-ci d'exiger des garanties, afin de se prémunir contre l'insolvabilité de son débiteur, car à l'échéance, et en l'absence de paiement, il pourra mettre en jeu sa sûreté afin de se faire payer. Malheureusement, la loi accorde au débiteur *in bonis*, une protection lui permettant de faire obstacle à ce jeu ³⁵⁶. Il en va de même pour le débiteur en cessation des paiements dont l'activité est viable. L'objectif visé est de permettre à l'entreprise débitrice de recouvrer la santé économique et financière afin de recontribuer à la croissance. Néanmoins, le créancier muni de garantie-propriété échappe à cette situation. Les droits du créancier propriétaire ne sont pas soumis aux restrictions de poursuites et d'exécution contre les biens du débiteur, puisque le droit ou le bien en question n'existe plus ou n'est pas entré dans le patrimoine du débiteur (Section I). Et pour davantage protéger le créancier propriétaire, le législateur lui a accordé une facilitation dans la revendication, notamment le recul du formalisme (Section II).

Section I : L'absence du bien dans le patrimoine du débiteur en difficulté

La suspension des poursuites individuelles et l'arrêt des paiements sont des principes sacro-saints inhérents au droit des entreprises en difficulté, notamment, des procédures collectives. C'est ce qui a poussé les dispensateurs et les fournisseurs de crédits à imaginer d'autres mécanismes permettant de faire face à ces atteintes. Ils le font par le transfert de propriété du bien servant de garantie de la créance (Paragraphe II) ou par la réserve de la propriété des biens objet du contrat (Paragraphe I).

Paragraphe I : La propriété du bien réservée

Le droit de propriété est le droit réel par excellence³⁵⁷. Il est le plus complet et absolu des droits réels. Cependant, avec l'irrésistibilité ou la défaillance des sûretés réelles classiques face aux procédures collectives de leur débiteur, les acteurs du crédit ont forgé d'autres mécanismes permettant de faire face à cette situation. C'est dans ce cadre que la propriété a été utilisée comme garantie. Une des modalités de cette utilisation est la réserve de la propriété à titre de

³⁵⁶ ROUSSEL GALLE (Ph.), La procédure de sauvegarde : Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, JCP E. Aff., n°40, 05 Oct. 2006, 2437, p.01.

³⁵⁷ KALIEU ELONGO (Y. R.), Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Op. cit., p.193.

garantie. Celle-ci peut se faire de deux manières, notamment par le crédit-bail et la clause de réserve de propriété. C'est cette dernière qui a été consacrée par le législateur des sûretés. Elle protège son bénéficiaire contre l'insolvabilité de son débiteur (A) et lui accorde une satisfaction (B).

A- La clause de réserve de propriété, une sûreté de protection

La clause de réserve de propriété est une convention par laquelle l'effet translatif d'un contrat est suspendu jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie³⁵⁸. C'est cette situation qui est prévue par le législateur en ces termes : « *la propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* »³⁵⁹. Cette disposition exclut, contrairement au droit français, l'application de cette sûreté aux biens immobiliers. Jadis limité au contrat de vente, elle est étendue aujourd'hui, à toute sorte de contrat, y compris celui d'entreprise. La jurisprudence française aborde dans le même sens³⁶⁰. Une telle solution serait souhaitable en droit OHADA. Elle protège le créancier en conférant à ce dernier une situation d'exclusivité et le met à l'abri du concours avec les autres créanciers de son débiteur. La première notion est sujette à interprétation et mérite d'être précisée.

L'exclusivité du propriétaire signifie que ce dernier peut seul user de la chose en excluant les autres³⁶¹. Cette prérogative est celle d'un titulaire de droit réel principal. C'est l'essence même du droit de propriété. Cependant, lorsqu'elle est utilisée à titre de garantie, elle change de casquette et se métamorphose en accessoire de la créance garantie, car les attributs de ce droit qui sont entre autres, l'usus, le fructus et l'abusus ne sont plus l'apanage du propriétaire réservataire. Ce dernier se dépouille de ces prérogatives au profit de son cocontractant. Donc, le droit en question ne serait plus exercé sur le bien grevé. C'est ce qui est à la base de beaucoup de controverses relativement à cette pratique. Et certains auteurs se sont même interrogés sur la faisabilité d'une telle chose, notamment, l'utilisation de la propriété qui est un droit réel principal par excellence, comme droit réel accessoire. Jadis étonnante, mais avec la faiblesse

³⁵⁸ Art 2367 du Code civil français in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Les sûretés, la publicité foncière : Defrénois 2013, 7^{ème} éd., n°800.

³⁵⁹ Art 72 de l'AUS.

³⁶⁰ Cass com., du 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p.930, Obs. CROCQ (P.).

³⁶¹ MALAURIE (Ph.) et AYNES (L.), Droit civil, Les biens, CUJAS, 1992, n°475, in KALIEU ELONGO (Y. R.), Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garanties des crédits, Op. cit., p.193.

des techniques classiques de sécurisation du crédit en droit des sûretés, la pratique a clamé le besoin de recourir à celle-là afin de faire face à la faillite du débiteur. C'est ce qui fut fait. Elle donne plus de garantie à son bénéficiaire pour le remboursement de sa dette, parce que l'exclusivité du réservataire s'exerce sur le prix de la vente. Donc, ce dernier va exclure les autres créanciers dans la répartition du prix. D'ailleurs, selon le vocabulaire juridique, elle signifie la *modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle, le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire, un genre de prestation mise à sa charge par le contrat*³⁶². En pratique, cette situation est admise et il ne fait aucun doute que la clause de réserve de propriété confère à son bénéficiaire une exclusivité, bien vrai que sa nature³⁶³ et son domaine³⁶⁴ restent controversés³⁶⁵. La question de l'exclusivité du propriétaire réservataire sur le prix de la créance soulève celle du caractère accessoire de cette sûreté, car la jurisprudence estime que l'absence de production de la créance qui est synonyme d'extinction de celle-ci ne l'est pas pour la propriété³⁶⁶. C'est dire que le créancier garde son droit de propriété. Or, celle-ci étant l'accessoire de la créance du prix³⁶⁷, elle doit pouvoir suivre le sort du principe, selon lequel, l'accessoire suit le principal. Cette position renforce davantage la thèse de la nature controversée de cette sûreté. Mais en droit de la liquidation, contrairement au droit commun, où la réalisation se fait par le biais de l'injonction de restituer, celle-là procède de la revendication du bien en l'absence de désintéressement par le syndic. Dans ce sens, la réalisation de cette garantie se fait par l'action en revendication ou en restitution. La première, permet au créancier réservataire d'établir son droit mais elle est soumise à la temporalité, notamment au délai légal. Par contre, la seconde hypothèse ne l'est pas et profite au propriétaire dont le droit a fait l'objet de publicité³⁶⁸.

L'admission de ces actions n'est-il pas synonyme d'exclusivité sur le bien grevé quand on sait qu'elle est réservée au seul propriétaire ?

³⁶² CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, Op. cit., v. Exclusivité.

³⁶³ La nature de la réserve de propriété est controversée car elle s'accommode difficilement avec les sûretés réelles, lesquelles sont des droits réels accessoires par opposition à ceux principaux, tels que le droit d'usage, l'emphytéose et la propriété.

³⁶⁴ Son domaine est également controversé parce que normalement, elle doit s'appliquer ou s'exercer sur le bien objet de la propriété et non sur son prix.

³⁶⁵ KALIEU ELONGO (Y. R.), Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Op. cit., p.198 et s., dans le même sens, v. AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op. cit., n°805.

³⁶⁶ Cass. com., 09 janv. 1996, n°93-12.667 : JurisData n°1996-000364, in VALLANSAN (J.), La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n°18, nov. 2013, alerte 268, p.01.

³⁶⁷ VALLANSAN (J.), La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres, Op. cit., p.02.

³⁶⁸ Art. 101-3 alinéa 1 de l'AUPC.

La question mérite d'être posée parce que le créancier, en actionnant sa sûreté, procède à la vente du bien avant toute utilisation afin de restituer, s'il y a lieu, le surplus du prix au débiteur. A contrario, il bénéficie du bien grevé à titre de paiement. Cette situation le met à l'abri de tout concours avec les autres créanciers. Donc, l'exclusivité du réservataire le sauve du concours avec les autres créanciers de son débiteur.

La notion de concours renvoie à celle de concurrence entre des personnes investies d'un même droit de préférence, c'est-à-dire des droits de même nature, de même catégorie sur une même masse de biens. C'est le cas des chirographaires dans la procédure collective de leur débiteur³⁶⁹. Donc, le concours est exclu entre les droits de nature différente. Mais que renferme la notion de la nature différente des droits ? Elle renvoie à sa qualification, son classement dans un ordre juridique. C'est ainsi qu'on appellerait certains créanciers de chirographaires et d'autres privilégiés ou titulaires de garantie, notamment des sûretés. Tous ces concepts recouvrent des variantes mais, seuls nous intéressent les titulaires de sûretés qui sont également de natures différentes car les uns sont titulaires de sûretés personnelles et, les autres, de sûretés réelles, classées en sûretés immobilières et mobilières. Seule la dernière renferme des variantes en droit OHADA qui sont entre autres, classiques, nouvelles et spécifiques³⁷⁰ que nous pouvons rassembler en deux catégories, classiques et nouvelles. Les premières confèrent au créancier un droit de préférence et les secondes, un droit exclusif³⁷¹. Donc, il ne peut y avoir de concours stricto sensu qu'entre ces dernières, en fonction de leur catégorie. Toutefois, ce classement ou cette nature des sûretés réelles est très controversée.

Cependant, l'utilisation extra-catégorie du concours entre créanciers du même débiteur peut être des fois tolérée en droit des procédures collectives, puisque les créanciers sont soumis à la même discipline collective, gage du traitement égalitaire, bien vrai que celui-ci est fortement combattu.

En pratique, la protection du réservataire qui consiste à le mettre hors concours des autres créanciers est aisément admise³⁷². Une partie de la doctrine pense même que la clause de réserve de propriété dont l'opposabilité à la procédure est consacrée, confère à son bénéficiaire une

³⁶⁹ CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, Op. cit., v. Concours.

³⁷⁰ KALIEU ELONGO (Y. R.), Cours de droit des sûretés (OHADA), M1, Dschang, 2016, www.kalieu-elongo.fr, Consulté le 10 juin 2016.

³⁷¹ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op. cit., p.243-405.

³⁷² BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, SIREY, Op. cit., p.349 et s.

protection absolue³⁷³. La seule condition exigée est la restitution du prix, lorsque la valeur du bien réservé est supérieure à la créance impayée³⁷⁴. Cette première idée se conçoit car, le bien n'étant pas dans le patrimoine à liquider, il est difficile, pour un créancier du failli, de participer au partage de ce bien à l'exception du rétenteur. Ainsi, la propriété réservée à titre de garantie devient l'une des reines dans le cadre de la sécurisation ou de la protection des créanciers dans le droit des procédures collectives. Cette protection des droits des créanciers entraîne leur satisfaction.

B- La clause de réserve de propriété, une sûreté de satisfaction

L'être humain dans son combat quotidien est à la recherche d'une vie meilleure qui serait inutile si au bout du rouleau, se trouve une totale insatisfaction. La tendance à une perpétuelle satisfaction est une vocation permanente. C'est, d'ailleurs, le but du recours à la propriété-sûreté, car les sûretés classiques ont montré leur limite face à la procédure collective. Ce droit étant le mystère des autres disciplines ou du moins leur obstacle, il était nécessaire de recourir à un droit robuste, complet et même absolu afin d'adoucir ou même freiner certaines entraves au droit des créanciers dans les procédures collectives.

La satisfaction est un concept variable par sa géométrie. Raison pour laquelle, elle est convoitée et regorge différents sens. Elle découle du latin *satisfactio*, qui veut dire satisfaire³⁷⁵. Elle peut être définie comme l'acte par lequel on obtient la réparation d'une offense. Elle est synonyme également, sans être exhaustif de sentiment, de bien-être, de désir, de plaisir, de joie et de jouissance³⁷⁶. Selon le vocabulaire juridique, elle est *spécifiquement, l'avantage qui résulte pour le créancier de l'exécution forcée de la dette*³⁷⁷. Cette dernière définition permet au créancier d'obtenir paiement à travers la saisie³⁷⁸. Dans le cas d'espèce, le réservataire va utiliser l'action en revendication ou celle en restitution afin d'obtenir paiement, gage de la satisfaction. Mais, ce paiement peut être effectué par le syndic, lorsque l'utilité du bien est

³⁷³ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Rev. proc. coll. n°05, sept. 2009, étude 28, p.01. Dans le même sens v. SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Pénant 870, p.66.

³⁷⁴ Cass. com. 05 mars 1996, Bull. civ. IV, n°72, in BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, SIREY, Ibid., n°654.

³⁷⁵ Le Grand Robert de la langue française, v. Satisfaction.

³⁷⁶ Le Grand Robert, Op. cit.

³⁷⁷ CORNU (G.) (dir.), Vocabulaire juridique, Op. cit., v. Satisfaction.

³⁷⁸ En droit commun, le réservataire va s'armer avec la saisie-revendication afin d'obtenir paiement en absence de celui-ci.

avérée. Dans ce cas, le transfert de propriété s'opère au profit du débiteur en difficulté et va servir au désintéressement des autres créanciers.

Ici, deux hypothèses sont en présence : le paiement fait par le syndic³⁷⁹ ou suite à la revendication. Ces modalités peuvent influencer sur les critères de satisfaction. La satisfaction peut dans ce cas être soit, totale ou partielle. Il en est de même pour le paiement. La première hypothèse constitue le principe. En effet, la satisfaction du réservataire doit être à la hauteur des souhaits. C'est ce qui découle des dispositions législatives sus indiquées. Elles prônent la suspension de l'effet translatif du contrat jusqu'au complet paiement. C'est cette même situation qui s'applique ailleurs, notamment en France, car, l'article 2367 du Code civil issu de l'ordonnance de 2006 reformant le droit français des sûretés dispose que : « *La propriété d'un bien peut être retenue par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie* ». D'ailleurs, cette disposition a fortement inspiré le droit OHADA en la matière. A la différence de celle-là, le législateur s'est limité au domaine mobilier, abstraction faite de celui immobilier, d'où une modification de l'art. 72 de l'AUS en y ajoutant le terme mobilier. En pratique, le paiement de l'intégralité du prix du réservataire ne souffre d'aucune ambiguïté. Dans deux arrêts, la chambre commerciale de la Cour de cassation française réaffirme sa position dans ce sens³⁸⁰. Et antérieurement à cette jurisprudence, un Arrêt de la cour d'appel avait sanctionné un administrateur judiciaire pour non-paiement du prix audit créancier ordonné par le juge-commissaire³⁸¹. Cette position est largement partagée par la doctrine, car l'utilisation de la propriété à titre de garantie vise uniquement le paiement effectif des créanciers, puisque celui-ci était devenu presque impossible dans les procédures collectives. L'admission de l'opposabilité de cette sûreté à toute forme de procédure collective œuvre dans ce sens.

D'ailleurs, le fournisseur qui a su se prémunir avec une clause de réserve de propriété bénéficie de deux avantages. Il est titulaire de la créance du prix, d'une part, et d'autre part, propriétaire du bien vendu comme précédemment souligné. Donc, il peut les alterner ou cumuler dans la procédure collective. La première renferme des avantages contrairement à la seconde. Le droit réel permet au déposant d'obtenir paiement à travers l'action en revendication. Il en va de même pour le fournisseur en l'absence de publicité de sa clause de réserve. Mais, ils gagneraient en

³⁷⁹ V. à cet effet, art. 101-3 alinéa 3 de l'AUPC. Cet article donne la possibilité au syndic en absence de demande préalable en restitution de saisir le juge-commissaire à cette fin.

³⁸⁰ Cass. com. 16 juin 2009, 2 arrêts, D. 2009, AJ 1752, Obs. LIENHARD (A.).

³⁸¹ Paris, 20 sept. 1996, JCP E 1996, panor. 1147, Rev. proc. coll. 1998. 188, Obs. SOINNE (B.), in Rép. Com. Dalloz, v. Réserve de propriété par VOINOT (D.), , www.dalloz.fr , Consulté le 10 mars 2017.

efficacité lorsqu'ils actionnent également leur droit personnel en produisant leur créance à la procédure de leur débiteur. Cette dernière possibilité permet de conserver leur créance au cas où leur revendication n'aboutit pas. En plus, la revendication éteint la créance à concurrence de la valeur du bien revendiqué ou restitué. Donc le surplus doit forcément être déclaré, puisque le réservataire devient chirographaire, lorsque la sûreté est épuisée en laissant le reste de la créance. Cependant l'une ne remplace pas l'autre. Et, il est déconseillé au créancier de se limiter à la déclaration de créance pour prétendre au bénéfice de la revendication ou restitution. La jurisprudence française n'admet pas cette possibilité et elle va loin en sanctionnant même la déclaration incluant la revendication. Elle estime qu'en l'espèce, le droit de propriété du vendeur est inopposable à la procédure collective³⁸². Une telle solution est applicable en droit OHADA. C'est l'hypothèse du cumul qui consiste à confondre les contraintes³⁸³ du crédit-fournisseur munis de la clause de réserve de propriété. C'est pourquoi, il est conseillé de les faire séparément, c'est-à-dire procéder à la revendication et en même temps déclarer sa créance du prix. Ces alternatives contribuent au renforcement des droits des propriétaires en augmentant leur chance de satisfaction. Celles-ci font de cette garantie, une sûreté spécifique pas comme les autres³⁸⁴.

En outre le titulaire de réserve de propriété peut aussi exprimer sa satisfaction à travers la subrogation réelle, car il bénéficie du paiement et même total sur le prix de la revente du bien ou sur l'indemnité d'assurance. Cette technique est appelée par une partie de la doctrine comme étant l'équivalent du bien³⁸⁵. On pourrait reprocher à cette doctrine son inadaptation à la première hypothèse, parce que l'équivalence met en exergue la pluralité. Or il s'agit du même bien qui est revendu. Par contre, la seconde est bel et bien une équivalence en valeur, puisque l'indemnité est différente du bien. En effet, la revendication de la créance d'indemnité d'assurance est classique. Elle s'applique à toutes les sûretés réelles. Ainsi, en cas de sinistre, cette indemnité n'entre pas dans le patrimoine du débiteur, puisqu'elle est subrogée au bien détruit. Et même si l'objet de la sûreté est inclus dans le plan de cession, le versement d'une quote-part du prix de cession au créancier ne fait pas abstraction de son droit sur l'indemnité d'assurance³⁸⁶. Cependant, l'efficacité de cette subrogation est conditionnée à l'information de

³⁸² Cass. com., 15 oct. 2013, n°12625 993, F-D, Société CSF France c/Sté Usmania et a. : JurisData n°2013-022941, in VALLANSAN (J.), La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres, Op. cit., p.02.

³⁸³ Il s'agit de la déclaration de créance du prix et de la revendication ou restitution du bien grevé.

³⁸⁴ VALLANSAN (J.), La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres, Op. cit., p.01.

³⁸⁵ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op. cit., p.03.

³⁸⁶ Cass. com. 12 mai 1998, JCP G 1998, IV, 2486, in SOUPGUI (E.), Ibid., p.04.

l'assureur sur l'existence de la sûreté grevant le bien. En ce qui concerne le sous-acquéreur, le réservataire est protégé contre une éventuelle éviction du prix de revente. C'est ce qui découle des dispositions de l'art. 103 alinéa 2 de l'AUPC en ces termes, « *En cas d'aliénation de ces marchandises et objet mobiliers, peut être revendiqué contre le sous-acquéreur, le prix ou la partie du prix dû si celui-ci n'a été ni payé en valeur, ni compensé entre le débiteur et le sous-acquéreur au jour de la décision d'ouverture* ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que ladite revendication ne peut porter que sur la créance du prix qui doit être dans le patrimoine du vendeur initial par le biais de la subrogation réelle³⁸⁷. Le vendeur en l'espèce, bénéficie d'une protection renforcée. En France, la jurisprudence accorde au vendeur-réservataire le droit de revendiquer contre le sous-acquéreur en difficulté la créance du prix impayé, même si la créance de l'acquéreur initial est éteinte contre celui-ci, faute de déclaration³⁸⁸. Cela se comprend aisément, puisqu'il s'agit en l'espèce, d'une revendication qui est autonome de la déclaration. Et d'ailleurs, celle-ci n'est pas synonyme de revendication et ne protège pas la propriété du réservataire. Elle permet de conserver la créance. Or, ladite revendication, qu'elle soit amiable ou judiciaire permet au créancier d'avoir une appréhension sur la créance, notamment le prix. Donc, le réservataire exerce un droit réel et non personnel. Et nous savons également que l'absence de déclaration n'est pas synonyme d'extinction de droit de propriété du réservataire. Mais, il faut souligner qu'en l'espèce, il s'agit d'une règle d'exception en matière de revendication des biens en nature³⁸⁹, parce qu'elle porte sur un bien et non une créance. C'est pourquoi, elle est prévue explicitement par le législateur dans la disposition de l'article 103 alinéa 2 précédemment citée. A la lecture de cet alinéa, nous constatons que son application est sous réserve de deux conditions : l'absence de paiement du prix et la compensation entre l'acquéreur initial et le sous-acquéreur. Cette disposition permet de donner une satisfaction au créancier, en lui permettant d'obtenir un paiement intégral par le biais de la subrogation réelle invoquée. Cependant, son application n'est pas toujours aisée³⁹⁰. Celle-ci sera abordée dans la seconde partie de ce travail.

En somme, toutes ces prérogatives du réservataire découlent de sa qualité de propriétaire. La propriété du bien étant réservée, ni l'acquéreur, ni le sous-acquéreur ne peuvent se prévaloir du bien, sauf en cas de paiement et cela, peu importe le statut de ceux-ci, qu'ils soient in bonis ou

³⁸⁷ Cass. com. 05 mars 2004, RJDA 10/2004, n°1144, dans le même sens, v. Cass. com. 03 déc. 2003, n°731, RJDA 04/2004, n°451 ; v. aussi, Cass. com. 15 janv. 1991, Bull. civ. 1991, IV, n°31, in SOUPGUI (E.), Ibid., p.03.

³⁸⁸ Cass. com., 21 fév. 2006, p. 394, Obs. SORTAIS (J.-P.), in SOUPGUI (E.), Ibid., p.03.

³⁸⁹ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, LDGJ, Lextenso, 9^{ème} éd. 2015, Op. cit., n°803.

³⁹⁰ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Ibid., p.437.

en cessation de paiement, ledit bien n'existant pas dans leur patrimoine. Une telle absence, gage d'opposabilité à la procédure, peut être faite aussi par le transfert de propriété à titre de garantie.

Paragraphe II : La propriété du bien cédée (transférée)

Deux hypothèses peuvent être utilisées afin de transférer à un créancier la propriété d'un bien non pas de manière définitive, mais en fonction du remboursement de la dette principale. Il s'agit de la vente avec faculté de rachat et de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie. L'incertitude jadis autour de la validité de la seconde a donné un élan particulier à la première. Une telle opération, bien que s'apparentant à une vente est différente de celle-ci, puisque l'acquéreur ne paie aucun prix. Le transfert de propriété est fait en contrepartie du crédit accordé par le créancier. Mais, avec la reconnaissance de cette aliénation et sa consécration en droit positif, elle est devenue en pratique, plus usitée. Et d'ailleurs, ce fut la première garantie réelle consacrée³⁹¹. Son entrée dans le droit OHADA date de 2010 avec la réforme du droit des sûretés. La propriété-sûreté renferme d'une part, la cession de créance à titre de garantie (A) et le transfert fiduciaire de somme d'argent (B).

A- La cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie, telle que prévue en droit OHADA, est inspirée de la cession « Dailly » du droit français régie par les articles L. 313-23 et suivant du code monétaire et financier. Elle est organisée par les dispositions des articles 79 à 86 de l'AUS et vise la propriété d'un bien actuel ou futur. Selon l'art 80 alinéa 1, *une créance détenue sur un tiers peut être cédée à titre de garantie de tout crédit consenti par une personne morale nationale ou étrangère, faisant à titre de profession habituelle et pour son compte des opérations de banques ou de crédit*. A la lecture de cette disposition, nous constatons que ladite pratique n'est destinée qu'aux personnes morales, peu importe leur nationalité, l'essentiel qu'elles accomplissent à titre de profession et pour leur compte des opérations de banque ou de crédit. Elle peut aussi porter sur des créances même non professionnelles et, peu importe que le cédant et le cédé soient des personnes physiques. Cependant, l'acceptation de ladite créance n'est possible que dans l'hypothèse où le débiteur de celle-ci est un débiteur professionnel au sens l'AUS³⁹². Il résulte également des dispositions de ce droit, que le cédé peut opposer l'incessibilité de cette créance au cessionnaire, sauf si celle-ci est née à l'occasion de l'exercice

³⁹¹ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Les sûretés, la publicité foncière (Defrénois), 7^{ème} éd., n°761 et s.; dans le même sens, des mêmes auteurs, v. Droit des sûretés, Ibid., n°761 et s.

³⁹² Il s'agit du débiteur-professionnel prévu par l'art. 03 de l'AUS.

de la profession de celui-là ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si elle n'est pas principale. Mais, qu'en est-il lorsqu'une procédure collective est ouverte ? Deux hypothèses sont à analyser : D'une part, celle ouverte à l'encontre du cédant et d'autre part, du cédé.

La première hypothèse oppose le cédant au cessionnaire. Celui-là à la différence de celui-ci est la partie signataire du document³⁹³ qui matérialise cette sûreté. La date de cette signature marque l'opposabilité de ce document au cédant. Et la jurisprudence accorde une attention particulière à ce processus. Elle estime que l'absence de pouvoir ou de mandat du signataire est synonyme d'inopposabilité qui ne peut être invoquée que par le cédant³⁹⁴. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de ce dernier, son cocontractant, notamment le cessionnaire a de quoi s'inquiéter, parce le statut de créancier préférentiel³⁹⁵ n'est plus synonyme de paiement sécurisé. Cette situation est tempérée dans le cas d'espèce, car le cessionnaire bénéficie d'une garantie très efficace³⁹⁶ qui s'exerce sur la créance cédée et qui n'existe plus dans le patrimoine du cédant, même si ce fait est temporaire, notamment jusqu'au remboursement de la créance garantie. C'est ce qui fait que ce mécanisme échappe à la procédure de celui-ci et permet de mettre son bénéficiaire à l'abri du concours avec les autres créanciers. Cependant, la meilleure cession reste celle assortie d'acceptation³⁹⁷. En pratique, la jurisprudence française admet l'opposabilité de cette garantie à la procédure du cédant. Et cela lorsque le paiement effectué par le cédé est intervenu avant l'ouverture de la procédure collective de celui-là³⁹⁸. A l'inverse, le cessionnaire pourrait se voir opposer le bénéfice de la nullité de la cession lors de la période suspecte et surtout dans le cadre d'un contrat à exécution successive. Pour le premier point, il faut se demander si la dette est échue ou non. Dans l'affirmative, le bénéficiaire de cette garantie n'a pas à s'inquiéter, sauf à prouver qu'il connaissait l'ouverture d'une procédure contre le cédant. A contrario, il est frappé par la nullité de droit³⁹⁹. Cette situation est tempérée en droit OHADA, car à la différence de celui-ci, le droit

³⁹³ Ce document en France est appelé « bordereau » et baptisé à un célèbre sénateur du nom de « Dailly », auteur de la célèbre loi de 1981 dite loi Dailly et qui a facilité les rapports entre les établissements de crédits et leur client en rendant la cession de créance professionnelle plus simple par opposition à celle de droit commun caractérisée par sa lourdeur, notamment son formalisme.

³⁹⁴ Cass. com. 21 sept. 2010, D. 2010, Chron. 2220, Obs. DELPECH (X.).

³⁹⁵ Qu'il s'agit d'une simple préférence ou celle assortie d'exclusivité, l'inflation aujourd'hui des sûretés rend vulnérable les bénéficiaires de ces garanties, car on assiste au phénomène de neutralisation des sûretés par elles même, notamment au conflit des garanties.

³⁹⁶ V. Rép. com. Dalloz, Cession et nantissement de créances professionnelles, n°70, par DUMAS (J-P.) et COHEN-BRANCHE (M.), consulté sur www.dalloz.fr, le 10 mai 2017.

³⁹⁷ DECKON (Fr. K.), La notification de la cession de créance professionnelle, RTD Com. 2005. 649.

³⁹⁸ Cass. com. 30 juin 2015, n°14-13.783, D. 2015, Chron. 1484.

³⁹⁹ Cass. com. 28 mai 1996, Bull. civ. IV, n°151.

français assimile cette cession à un mode de paiement⁴⁰⁰, tandis que son homologue du droit OHADA l'organise comme une véritable sûreté qui fait montre de garantie du crédit consenti⁴⁰¹. Dans tous les cas, la cession est opposable à la procédure du cédant, lorsqu'elle a été faite antérieurement à cette procédure. C'est ce qui nous renseigne la jurisprudence française qui va même plus loin, puisqu'elle estime que peu importe que cette sûreté soit accomplie lors de la période suspecte⁴⁰² ou non. Cette pratique peut causer du tort aux autres créanciers du cédant et heurte un principe fondamental de ce droit, notamment les inopposabilités de la période suspecte. Donc, le mieux serait de la déclarer inopposable au même titre que les autres sûretés constituées lors de la période. Pour le second, c'est-à-dire les contrats à exécution successive, il existe une forte controverse concernant l'efficacité de cette sûreté portant sur eux. Cela s'explique par leur spécificité, car la question controversée qui se pose en la matière est celle de la date de naissance de la créance cédée. Faut-il se placer à la date de la conclusion de la convention ou à celle de l'exécution qui fait naître les créances, au fur et à mesure de l'exécution des prestations relevant de ladite convention ? Sur cette question, les positions sont divisées. D'une part, la jurisprudence affirme l'opposabilité de la cession et cela, peu importe la date de naissance de la créance⁴⁰³. Elle argue que la cession étant un transfert de propriété de la créance par le cédant dans le but de garantir son crédit, il n'y a pas de raison que le bénéficiaire de cette garantie soit inquiété par l'ouverture d'une quelconque procédure contre son débiteur, notamment le cédant, puisque la créance en question n'existe plus dans le patrimoine de ce dernier. A l'inverse une autre position affirme le contraire en estimant que le cessionnaire doit se contenter de la créance née avant l'ouverture de la procédure du cédant et non prétendre au paiement de créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive, postérieurement à l'ouverture de la procédure⁴⁰⁴. La première position est relative à la date de conclusion et la seconde à celle de l'exécution. Cette fluctuation jurisprudentielle, en France, est tributaire de l'ambivalence de la cession Dailly⁴⁰⁵. Ces solutions sont transposables en droit OHADA, mais avec une diminution de leur effet. En l'espèce, le législateur OHADA a su tirer les leçons du législateur français, en rendant l'individualisation obligatoire des créances futures pour qu'elles

⁴⁰⁰ DUMAS (J-P.) et COHEN-BRANCHE (M.), Op cit., n°71.

⁴⁰¹ V. art. 80 de l'AUS.

⁴⁰² Cass. com. 20 janv. 1998, n°95-16.718, in CABRILLAC (M.), La cession de créances professionnelles. Période suspecte, RTD Com. 1998 p. 396 ; dans le même sens, v. Com. 28 mai 1996, in RTD Civ. 1996. 671, Obs. CROCQ (P.).

⁴⁰³ Cass. com. 20 janv. 1998, n°95-16.718, in CABRILLAC (M.), Op. cit.

⁴⁰⁴ Cass. com. 26 avr. 2000, n°97-10.415, Bull. civ. IV, n°84, in CABRILLAC (M.), La procédure collective du cédant fait obstacle aux droits du cessionnaire sur les créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieure, RTD Com. 2000. 994.

⁴⁰⁵ Cette ambivalence s'explique par le fait que tantôt celle-ci s'analyse comme étant un moyen de paiement et souvent comme un moyen de garantie du crédit. Ainsi, nous avons la cession escompte et celle garantie.

puissent être cessibles. Selon lui, *si ces créances sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celui-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance*⁴⁰⁶. Cette disposition dénote le caractère préventif de ce droit, puisque pour lutter contre l'insécurité juridique, gage de la sécurité judiciaire, les textes de lois doivent être, non seulement clairs et précis, mais aussi et surtout préventifs. Cette solution du législateur est partagée par la pratique⁴⁰⁷.

En présence d'un conflit entre le cessionnaire et les autres créanciers du cédant, quel peut être la conduite à tenir ? En droit OHADA, ces conflits sont réglés en vertu des règles de la publicité, selon lesquelles la primauté est accordée au premier qui a inscrit ses droits au RCCM. Lorsqu'ils ont la même date d'inscription, la priorité est accordée à celui qui dispose du titre le plus ancien. Et lorsqu'ils ont les mêmes droits à ce niveau aussi, le droit penche en faveur du réservataire. Cependant, nous n'avons pas trouvé pour le moment de jurisprudence en droit OHADA pour nous édifier davantage. Par contre en France, la jurisprudence a pu estimer la primauté du cessionnaire sur le fournisseur du cédant. Parallèlement, elle a également refusé la restitution au cessionnaire d'une somme reçue par l'affactureur venant du cédé et cela, malgré la notification. En l'espèce la Cour de cassation a estimé que les juges du fond n'ont pas répondu à la conclusion de la société Factofrance⁴⁰⁸ qui estimait qu'elle ne pouvait pas faire l'objet de répétition, car elle avait agi en qualité de mandataire. Une telle solution est applicable en droit OHADA.

Certes, le contrat de cession ne lie que le cédant au cessionnaire, mais il est loin d'être une opération bipartite. Il est plutôt tripartite, puisqu'incluant un autre acteur majeur (le cédé). Malheureusement, tout se passe comme si ce dernier n'existe presque pas, parce qu'à la différence de la cession de contrat où le cédé doit forcément être consentant, donc partie au contrat, c'est-à-dire un véritable trio, celle de cession ne l'est pas. Mais, le rôle de ce dernier n'est pas non plus résiduel, car il détient la clé de voûte de cette opération, notamment le paiement. En présence de procédure collective ouverte à l'encontre de ce dernier, la question se pose de savoir quel est le sort réservé au cessionnaire. Peut-il obtenir paiement ou non ?

⁴⁰⁶ Art 81 alinéa 2 de l'AUS.

⁴⁰⁷ V. Cass. civ. 20 MARS 2001, n°99-14.982, Bull. civ. I, n°76, in Rep com. Dalloz, v. Cession et nantissement de créances professionnelles, n°12, par DUMAS (J-P.) et COHEN-BRANCHE (M.).

⁴⁰⁸ Cass. com. 02 oct. 2007, n°06-14.343, in D. 2007, AJ. 2604, Obs. DELPECH (X.).

Pour répondre à ces questions, faudrait-il que le contrat soit opposable aux tiers. Pour ce faire le législateur, à travers la réforme des sûretés⁴⁰⁹ qui a rendu obligatoire la publicité de ces garanties au RCCM a, en même temps, utilisé celle-ci pour l'opposabilité au tiers. Ainsi, une fois la sûreté publiée, elle est opposable aux tiers⁴¹⁰. Cependant, peut-elle être étendue au cédé ? La réponse est négative, car il est un tiers atypique, c'est-à-dire unique en son genre. Raison pour laquelle c'est une disposition spécifique qui règle son cas, selon laquelle, la cession ne lui est opposable qu'à compter de la notification ou de sa participation à l'acte⁴¹¹. Ces deux concepts méritent d'être précisés. Le premier est un concept à géométrie variable. Il est qualifié de condition d'opposabilité au cédé, en vertu de la même disposition et non celle d'opposabilité aux tiers, sauf que cette notification n'est pas toujours efficace, si le cessionnaire ne fait pas preuve de diligence dans son action afin de bien l'orienter. Et l'exemple de l'affactureur invoqué ci-dessus suffit amplement⁴¹². Il n'existe aucune interprétation uniforme sur la question : une partie de la doctrine⁴¹³ la qualifiant de précaution et même d'information, une autre, majoritaire, la considérant comme facultative⁴¹⁴. Elle sert d'écran en pratique au bénéfice de subrogation par la caution à l'encontre du cessionnaire⁴¹⁵. En somme, la notification est une technique de précaution, d'information, d'opposabilité et facultative. Mais, toutes ces techniques visent un seul but, celui de la protection du cessionnaire. Donc, nous pouvons affirmer, sans risque de se tromper, qu'il s'agit d'une technique de protection permettant au créancier (cessionnaire) d'obtenir un paiement. Une fois celui-ci accompli, le cédé ne peut plus opposer à son bénéficiaire un quelconque argument. Il doit normalement s'exécuter dans les mains du cessionnaire⁴¹⁶ ou de son mandataire. A défaut, il doit payer deux fois, puisqu'il est de droit constant que, « *qui paie mal, paie deux fois*⁴¹⁷ ». Il confère aussi au créancier de la créance cédée un droit exclusif au paiement, car il est seul habilité à demander l'intégralité de ladite créance, même si celle-ci est supérieure à la créance garantie⁴¹⁸. Le cédant ne peut agir en paiement qu'après avoir remboursé sa créance. Toutefois, il demeure le débiteur principal⁴¹⁹.

⁴⁰⁹ Notamment celle de 2010 portant droit des sûretés dans 'espace OHADA.

⁴¹⁰ V. art. 82 alinéa 1^{er} de l'AUS.

⁴¹¹ V. art. 84 de l'AUS.

⁴¹² Car au lieu d'orienter l'action en restitution de l'indu vers le bénéficiaire réel, il a plutôt orienté celle-ci vers le mandataire. Ce qui a été à la base de son action.

⁴¹³ DECKON (Fr. K.), La notification de la cession de créance professionnelle, Op. cit., p.649.

⁴¹⁴ V. DUMAS (J-P.) et COHEN-BRANCHE (M.), Op. cit., n°37 ; dans le même sens, v. DECKON (Fr. K.), Ibid.

⁴¹⁵ Cass. com. 02 nov. 2016, n°15-12.491, D. 2016, Actu.2212 ; dans le même sens, v. D. 2017 Chron.147, Note DUMONT-LeFRAND (M. -P.).

⁴¹⁶ Cass. com. 17 déc. 2013, n°12-26 ; 706, D. 2014. Chron.04.

⁴¹⁷ Il s'agit d'un adage qui continue à marqué le Droit des affaires. C'est une règle juridique de portée générale.

⁴¹⁸ V. DELPECH (X.), Note ss Cass. com. 02 oct. 2007, n°06-14.343, Op. cit., p.2604.

⁴¹⁹ V. Cass. com. 20 oct. 2009, n°08-18.233, D. 2009. Chron.2611.

et cela, même en l'absence de production de la créance cédée à la procédure du cédé. Par conséquent, il est le garant solidaire. A contrario, le cessionnaire n'a pas de droit envers lui. Il peut exécuter son obligation envers le cédant. Ainsi, le transfert de la propriété de la créance pour garantir un crédit consenti, devient l'ultime arme des créanciers, notamment, des investisseurs contre l'insolvabilité de leur débiteur. Cette technique s'étend également à la fiducie qui est un transfert par excellence à cette fin.

B- Le transfert fiduciaire de somme d'argent

Cette sûreté, exclue pendant longtemps du droit OHADA des sûretés, a vu son entrée au sein de celui-ci en 2010. Elle résulte d'un mécanisme dénommé la fiducie qui est très connue à l'international et remonte à l'Egypte pharaonique ou à la Grèce antique, d'où résulte son appellation « *confiance* ». Un intérêt particulier mérite d'être consacré à cette notion. Le droit romain, pour gérer un bien, utilisait le *pactum fiduciae cum amico* et pour garantir le paiement d'une créance, le *pactum fiduciae cum creditore*⁴²⁰. Leur but était le transfert en pleine propriété d'un bien ou d'un droit dans le patrimoine du fiduciaire qui aura pour charge de gérer ou même de céder à un tiers, pour enfin de compte restituer ledit bien ou l'équivalent de celui-ci au cas échéant au fiduciant. Elle était utilisée par les croisés⁴²¹ afin de gérer leur bien en leur absence. Cependant, cette opération entraînait la confusion des patrimoines, notamment celui transféré et celui accueilli⁴²². C'était une opération, au demeurant familiale, étendue ensuite aux relations commerciales⁴²³. De nos jours et de façon simple, elle implique le transfert de droits patrimoniaux par une personne (le constituant) à une autre (le fiduciaire), à charge pour cette dernière de réaliser une affectation déterminée au profit d'un bénéficiaire⁴²⁴. Toutefois, cette technique peut être utilisée de façon très variable. Et, selon l'objectif visé, nous parlerons de fiducie-sûreté, de fiducie de gestion et même de fiducie-libéralité. La première détermine, à titre de rappel, la limite de notre champ de réflexion. Donc, elle fait appel à trois acteurs, notamment, le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire. Mais en pratique, cette relation triangulaire se résume respectivement, au client, à l'établissement teneur de compte et au banquier.

⁴²⁰ V. Rép. soc. Dalloz, v. Fiducie, n°02, par FRANCOIS (B.), 2011, www.dalloz.fr, Consulté le 10 mai 2017.

⁴²¹ Le croisé est celui qui participait à une croisade.

⁴²² Le patrimoine d'accueil est celui du fiduciaire.

⁴²³ V. Rép. civ. Dalloz, v. Fiducie, n°13, par BARRIERE (Fr.), 2013, www.dalloz.fr, Consulté le 10 mai 2017.

⁴²⁴ V. BARRIERE (Fr.), Ibid., n°01.

Cette technique, très usitée dans le monde des affaires, emprunte d'énormes appellations, selon le droit envisagé. Ainsi, en France, elle se nomme fiducie, en Droit OHADA, c'est le transfert fiduciaire de somme d'agent (TFSA), en Droit anglo-saxon, il est régi par le *trust*. C'est dans ce système qu'elle est plus utilisée, car nul n'ignore la célèbre formule de LEPAULLE, le trust est « *l'ange gardien de l'Anglo-Saxon, il l'accompagne partout, impassible depuis son berceau jusqu'à sa tombe. Il est à son école comme à son association sportive, il le suit le matin à son bureau comme le soir à son club ; il est à ses côtés le dimanche à l'église ou au comité de son groupe politique ; il soutiendra sa vieillesse jusqu'à son dernier jour, puis il veillera au pied de son tombeau et étendra encore sur ses petits-enfants, l'ombre légère de ses ailes*⁴²⁵ ». Il se définit comme l'opération par laquelle, un fondateur (*settlor*) se dessaisit de tout ou partie de ses biens (*trust fund*) et charge une personne de confiance (*trustee*), personne physique ou morale, de les gérer dans l'intérêt exclusif d'un bénéficiaire (*beneficiary* ou *cestui que trust*), éventuellement selon les conditions précisées dans un document (*trust deed*). Donc, il permet de transférer la propriété de droits à un *trustee* afin qu'il les administre, non pas pour son compte propre mais pour un objectif bien déterminé⁴²⁶. En somme, la trilogie demeure leur point commun. Mais qu'en est-il des intérêts du bénéficiaire, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du fiduciaire ou du fiduciaire, notamment l'établissement teneur de compte ?

La réponse à ces questions nous amène à nous interroger sur le sens donné au TFSA par le droit positif, en faisant une lecture combinée des deux droits conflictuels⁴²⁷. En ce qui concerne le premier, en l'occurrence le droit des sûretés, il la définit comme étant, *la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation*. Cette définition est une précision de taille. Littéralement l'expression *cède des fonds en garantie* est synonyme d'abandon, de transmission et sans être exhaustif en vue de laisser⁴²⁸ ces fonds dans les mains de quelqu'un à titre de garantie. Donc, on voit bien que la dépossession du constituant, octroie au bénéficiaire une protection de taille, lors de l'ouverture d'une éventuelle procédure contre le débiteur-constituant, celle d'un droit de rétention sur la chose cédée. D'ailleurs, cette protection est renforcée sous l'angle du droit. L'expression ou la technique signifie, en droit, transférer la propriété des fonds à quelqu'un et cela à titre de garantie. Ainsi, la procédure du

⁴²⁵ LEPAULLE (P.), Traité théorique et pratique du trust en droit interne, droit fiscal, et en droit international privé, 1932, Rousseau, p. 114, in BARRIERE (Fr.), Ibid., n°13.

⁴²⁶ FRANCOIS (B.), Op. cit., n°03.

⁴²⁷ Celui des sûretés et des procédures collectives.

⁴²⁸ Le Grand Robert de la langue française, v. Céder.

constituant ne peut affecter en aucun cas les droits du bénéficiaire, en l'occurrence le banquier-crédancier, puisque celui-ci est déjà propriétaire des fonds, même si cette propriété peut être analysée comme celle du second degré à la différence de celle prévue par l'art. 544 du Code civil français. En pratique, le bénéficiaire est à l'abri des vicissitudes entraînées par la procédure du fiduciaire, parce qu'il s'agit de la propriété garantie⁴²⁹. Et le législateur de poursuivre en précisant que *ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir*⁴³⁰. Cette disposition nous édifie sur la création d'un compte, de surcroît bloqué, au nom du créancier. Nous voici en face d'un patrimoine d'affectation⁴³¹, une véritable dérogation au principe de l'unicité du patrimoine⁴³², mais *sui generis*. Il est unique en son genre, parce qu'à notre connaissance, cette forme est inconnue dans d'autres systèmes juridiques⁴³³, à l'inverse desquels, il accorde une protection inouïe au bénéficiaire, car non seulement le constituant est dépossédé de la sûreté, mais aussi il se trouve allotté des prérogatives déjà évoquées. Raison pour laquelle, le législateur du droit des procédures collectives a consacré une disposition spéciale en la matière, puisque la procédure du débiteur ne couvre que les biens relevant de son patrimoine⁴³⁴. En France, la jurisprudence protège largement le bénéficiaire de cette garantie, malgré sa nature très controversée⁴³⁵. Elle a pu valider l'attribution conventionnelle d'un gage-espèce au profit du créancier⁴³⁶. Or, cette sûreté qui s'analyse aussi comme une aliénation

⁴²⁹ LEGEAIS (D.), La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives, Rev. soc., 2007. 687, n°16 ; dans le même sens, v. DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ? D. 2007. Chron. 1359. Ces auteurs pensent que celle-ci pourrait être la *reine* des sûretés.

⁴³⁰ Art. 87 de l'AUS.

⁴³¹ V. BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op. cit., n°668 ; dans le même sens, v. DAMMANN (R.) et PODEUR (G.), Ibid. ; dans le même sens, v. KACZMAREK (L.), La propriété fiduciaire et droit des intervenants à l'opération, D. 2009, Chron. 1845, n°09 ; v. LE CORRE (P. -M.), La fiducie-sûreté, un instrument de sécurisation de la bonne exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, D. 2009, Chron. 882.

⁴³² Ce principe est défendu par les professeurs Aubry et Rau.

⁴³³ CROCQ (P.), Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme portant organisation des sûretés, in Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA, Dr. et patr., n°197, nov. 2010, p.78 et s.

⁴³⁴ CROCQ (P.), Ibid., p.85.

⁴³⁵ V. SYNDET (H.), « Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi », Actes du colloque sur le thème : Gage-espèces, nantissement de compte bancaire. Faut-il réformer les sûretés de sommes d'argent ?, Ohadata D-06-48, www.ohada.com, Consulté le 10 mai 2017 ; dans le même sens, v. MARTIN (D. R.), « Une appréciation des réformes proposées », Actes du colloque sur le thème : Gage-espèces, nantissement de compte bancaire. Faut-il réformer les sûretés de sommes d'argent ?, Ohadata D-06-48 ; v. NICOLLE (M.), La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, D. 2014, Chron. 2071 ; v. LEGEAIS (D.), La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives, Op. cit., n°01 et s.

⁴³⁶ PIEDELIEVRE (St.), Validité de la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier contenu dans un pacte commissaire, D. 1996, Chron. 385.

fiduciaire par la doctrine⁴³⁷ de même que par la jurisprudence⁴³⁸, ne rime pas avec un quelconque pacte comissoire. Elle produit un effet translatif de propriété, lors de la réalisation de la garantie, contrairement à la sûreté qui la produit dès sa constitution et cela, en raison, à la fois, de la consomptibilité et de la fongibilité de celle-ci⁴³⁹. Donc l'attribution n'aura pas d'objet. Elle sera à cet effet, nulle.

De par sa nature, cette sûreté est opposable à toutes les différentes phases de la procédure, puisque son bénéficiaire est à l'abri de la suspension des poursuites individuelles⁴⁴⁰ et peut se prévaloir de son droit, dès l'ouverture de la procédure contre son débiteur et cela, même en présence d'une cession. Celle-ci ne pourrait pas porter sur cette sûreté, le débiteur n'étant plus propriétaire du bien jusqu'au paiement intégral de la créance-garantie. Cette technique des sûretés crée l'inégalité entre les créanciers dans le droit des entreprises en difficulté en octroyant une protection spécifique au créancier contre son débiteur. Mais qu'en est-il lorsqu'une procédure est ouverte contre le tiers, en l'occurrence, l'établissement teneur du compte ?

Pour le savoir, interrogeons le droit positif en la matière. En effet, le législateur des sûretés nous précise que la somme grevée doit être logée dans un compte ouvert dans un établissement de crédit qui doit être bloqué et ouvert au nom du créancier⁴⁴¹. A la lecture de ces dispositions, nous constatons que le législateur a consacré une véritable protection du créancier. Malheureusement, il ne nous informe pas suffisamment sur la nature des droits entre les intervenants dans cette opération⁴⁴² et surtout lorsqu'il s'agit du fiduciaire dont le statut soulève plusieurs questions. Est-il un agent fiduciaire comme le prétend une partie de la doctrine ou un agent des sûretés dans le cadre d'une syndication de crédit ou même un trustee⁴⁴³ en droit Anglo-saxon ? Toutes ces questions méritent d'être prises au sérieux. Mais, ce qui importe plus, ce sont les pouvoirs du teneur de compte. Est-il détenteur, possesseur ou propriétaire ? Au regard des dispositions précitées, la dernière hypothèse semble écartée, mais, pas totalement. Son sort dépendra de l'examen des deux autres hypothèses.

⁴³⁷ CROCQ (P.), Gage-espèces. Qualification. Compatibilité avec la prohibition du pacte comissoire, RTD Civ. 1996. 669 ; dans le même sens, v. MARTIN (D. R.), Ibid. ; v. SYNDET (H.), Ibid. ; v. ISSA-SAYEGH (J.), « La mise en gage des comptes bancaires », Rev. dr. des aff. Interna., Oct. 2006, n°05, p.697, Ohadata D-05-29, www.ohada.com, consulté le 10 mai 2017.

⁴³⁸ CROCQ (P.), Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, D. 2007, Chron. 1354, n°05.

⁴³⁹ CROCQ (P.), Ibid., RTD Civ. 1996. 669.

⁴⁴⁰ V. art 09 alinéa 3 de l'AUPC.

⁴⁴¹ V. art 87 de l'AUS.

⁴⁴² Pour plus d'infos, v. KACZMAREK (L.), Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération, Op. cit.

⁴⁴³ CROCQ (P.), Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés, D. 2007, Chron. 1354, n°24 et s.

En droit français, le régime de la fiducie est très diversifié. Il existe la fiducie-transmission, la fiducie-gestion et la fiducie-sûreté. C'est cette dernière qui nous intéresse. Dans cette garantie, le fiduciaire s'apparente à un propriétaire, puisque la propriété du bien lui est transférée à titre de garantie. Donc, en cas d'ouverture de procédure, le patrimoine fiduciaire étant tenu séparé de celui propre du fiduciaire, celui-là est protégé et bénéficie automatiquement au fiduciaire en cas d'insolvabilité du débiteur. Cependant, le législateur français fait la distinction entre les deux notions⁴⁴⁴. Dans sa logique, il donne satisfaction à la première dans toutes les phases de la procédure en neutralisant la seconde, lorsque l'entreprise est viable. A cet effet, il importe de ne pas confondre la fiducie-sûreté avec la fiducie-gestion. Dans la dernière, le fiduciaire conserve et gère le patrimoine, à charge pour lui, de le rétrocéder au fiduciant qui peut le transmettre au bénéficiaire. Il est, dans une telle logique, assimilable à un mandataire⁴⁴⁵. Une telle protection s'étend aussi au créancier en droit OHADA, mais avec des spécificités qui s'expliquent par le fait qu'en l'espèce, il s'agit d'une somme d'argent qui sert de garantie et logée dans un compte bloqué au nom du créancier qui en est propriétaire. Mais, en cas de procédure contre le fiduciaire, les parties à cette sûreté ne sont pas totalement à l'abri, la nature du compte fait abstraction de son utilisation par les parties. Toutefois, le banquier teneur reste allotté du droit de disposer des fonds. Ceci est inhérent à l'activité bancaire. La question se pose de savoir si le créancier, dispose d'un droit personnel ou réel contre l'établissement en question ?

Jadis, le créancier était protégé, puisque la somme était remise sous plis, à cet effet, au créancier à titre de garantie. Cette pratique a continué jusqu'à la monnaie fiduciaire⁴⁴⁶. Par contre avec la dématérialisation de la monnaie, il n'a qu'un droit de créance contre le teneur. Il va juste produire sa créance⁴⁴⁷ dans la procédure de celui-ci à titre chirographaire et subir la concurrence des autres créanciers. Donc, le créancier est moins protégé contre le fiduciaire que le fiduciant. Par contre, en France, le patrimoine fiduciaire est séparé du patrimoine propre du fiduciaire⁴⁴⁸. Ainsi, aucun organe de la procédure ne peut appréhender le patrimoine personnel du fiduciaire au bénéfice de ses créanciers⁴⁴⁹, à l'exception des créances nées de la conservation du

⁴⁴⁴ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op. cit., p.430 -431.

⁴⁴⁵ KACZMAREK (L.), Ibid., n°13 ; v. aussi, NICOLLE (M.), La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, Op. cit., n°11.

⁴⁴⁶ V. Rép. civ. Dalloz, v. Fiducie, par BARRIERE (Fr.), Op. cit.

⁴⁴⁷ Par contre en droit français cette production n'est pas possible. Puisque, ni le constituant, ni le créancier ne sont créanciers du patrimoine personnel mais plutôt de celui fiduciaire. Donc, celui-ci ne peut être appréhendé par aucun organe de la procédure au profit d'un quelconque créancier du fiduciaire.

⁴⁴⁸ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op. cit., n°666.

⁴⁴⁹ PODEUR (G.), La procédure collective du fiduciaire : Quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, D. 2014, Chron. 1653.

patrimoine fiduciaire. Une telle exigence est souhaitable en droit OHADA afin de rendre les droits du créancier opposable à la procédure du teneur de compte.

Cette opposabilité au débiteur qui doit s'étendre au fiduciaire n'est pas uniquement le fruit d'une technique juridique. Elle découle aussi de l'allègement de la mise en œuvre d'un droit du créancier, celui de la revendication.

Section II : Le recul du formalisme dans la revendication

Le propriétaire d'un bien qui n'est pas en possession de celui-ci, dans le cadre d'une clause de réserve de propriété, peut en l'absence de paiement utiliser des moyens juridiques pour y parvenir. Parmi ceux-ci figurent la cession et la revendication. La première est moins utilisée dans les procédures collectives. Elle intervient le plus souvent, lorsque le créancier a un besoin pressent de liquidité avant l'échéance de sa créance. Il cède dans ce cas sa créance, en général à un établissement de crédit. Par contre, la seconde hypothèse intervient lorsque le débiteur est insolvable. C'est celle qui nous intéresse le plus. Elle permet au créancier de mettre en mouvement son droit réel sur la chose lorsque celle-ci se trouve dans les mains du débiteur ou son prix, en cas de cession par celui-ci. Le législateur est intervenu pour rendre cette revendication plus souple, non seulement par rapport à son admission (Paragraphe I) mais aussi à son assiette (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le recul dans l'admission des actions en revendication

Le propriétaire d'un bien objet de réserve de propriété, conformément aux dispositions du droit des sûretés, était tenu de produire sa créance à la procédure de son débiteur et aussi d'établir la preuve de sa propriété par la revendication. Avec les différentes réformes, en l'occurrence, celles des sûretés et des procédures collectives, ces obligations ont disparu. Il en découle une absence d'obligation de production de la créance (A), facteur de déchargement de la procédure de revendication (B).

A- L'absence d'obligation de produire la créance

La production de la créance est une étape nécessaire afin de connaître le passif de l'entreprise en difficulté. C'est une *déclaration accompagnée de pièces justificatives par laquelle, une personne fait connaître au syndic, l'origine, le montant et la qualité de la créance pour laquelle elle entend figurer dans la masse*⁴⁵⁰, c'est-à-dire une manière de faire le point sur la dette du

⁴⁵⁰ CORNU (G.) dir., Vocabulaire juridique, Op. cit., v. production.

débiteur et d'arrêter celle-ci à un montant connu. Mais, lorsqu'on l'analyse du côté des créanciers propriétaires, elle permet aux organes de la procédure de connaître l'actif réel de l'entreprise afin de faire face à son passif. Ainsi se pose le problème de son utilité. Au regard du droit de propriété, nous avons tendance à consacrer la thèse de son inutilité, puisque les prérogatives du propriétaire sont fondées sur le droit réel, par opposition au droit personnel. Pourtant, ce dernier sert de garantie pour le propriétaire dont l'action en revendication n'a pas abouti. Dans tous les cas, le créancier en question est alloué des deux droits, celui de créance et de propriété. Les confondre comme le faisait le droit initial serait contraire à l'idée de cette pratique. Mais, il faut reconnaître que cette sûreté est une entrave à un principe fondamental du droit des contrats, notamment, le transfert de propriété *solo consensu*, qui est devenu, en l'espèce, une exception⁴⁵¹.

En effet, la thèse de la production était consacrée par le droit initial en ses termes, « *les actions en revendication ne peuvent être reprises ou exercées que si le revendiquant a produit et respecté les formes et délais prévus par les articles 78 à 88 ci-dessus*⁴⁵² ». Cette disposition consacre de façon explicite la production de la créance pour les créanciers propriétaires. Elle est également partagée par la pratique. La Cour de cassation a pu estimer que l'absence de déclaration de la créance emporte son extinction. Et elle ajoute que la créance disparaît mais le droit de propriété subsiste⁴⁵³. Or, nous savons qu'elle a attribué la qualité de sûreté à cette clause⁴⁵⁴, bien avant même sa consécration légale⁴⁵⁵, donc une manière de porter atteinte à un principe fondamental de ce droit, celui de *l'accessoire suit le sort du principal*. L'extinction de la créance est synonyme de celle de la sûreté qui la garantit. Et une manière aussi de nous dire que le bénéficiaire de cette sûreté a, en plus de son statut de créancier du prix, celui de propriétaire. Mais, il faut reconnaître que la production de la créance n'est pas une condition de recevabilité de la demande de revendication. Et d'ailleurs, la jurisprudence estime que même si l'existence de cette clause est mentionnée dans la déclaration ou production de créance, celle-

⁴⁵¹ WESTER-OUISSE (V.), Le transfert de propriété *solo consensu* : Principe ou exception ?, RTD civ. 2013, p.299.

⁴⁵² Art. 101 alinéa 1^{er} de l'ancien AUPC.

⁴⁵³ Cass. com., 09 janv. 1996, n°93-12.667 : JurisData n°1996-000364.

⁴⁵⁴ Cass. com., 09 mai 1995, n°92-20.811 ; dans le même sens, v. Cass. com., 32 janv. 2001, n°97-21.660 : JurisData n°2001-007979, in VALLANSAN (J.), La réserve de propriété, une sûreté réelle pas comme les autres, Op. cit., n°01.

⁴⁵⁵ En France, l'ordonnance de 2006 réformant le droit des sûretés et en OHADA, la réforme de 2010. Cette réforme portait sur le droit des sûretés, celui du droit commercial général et la même année, l'Acte uniforme sur les sociétés coopératives a été consacré.

ci ne pourrait valoir revendication du bien⁴⁵⁶. Cette position est soutenable car le créancier doit manifester sa volonté d'exercer son droit de revendication⁴⁵⁷. Ainsi, l'ancien droit OHADA, à travers cette disposition, avait envisagé un éventuel cumul des deux droits : celui de la propriété et de la créance. Mais, de préférence, il aurait été souhaitable qu'ils soient consacrés distinctement, parce, que le premier réduit le créancier à celui titulaire d'une simple créance de prix, tandis que, le second met en mouvement les prérogatives de propriétaire, en l'occurrence le droit réel. Raison pour laquelle, la première hypothèse est battue en brèche et considérée comme inutile au maintien du droit réel du créancier. Donc, l'opposabilité de cette sûreté à la procédure collective ne résulte plus dans la production, mais plutôt dans l'exercice du droit réel⁴⁵⁸. Ceci s'explique par le fait que cette déclaration n'octroie au créancier que le statut de chirographaire. Et la jurisprudence de préciser que, « *si la clause de réserve de propriété constitue une sûreté réelle, elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions* ». Tout ceci confirme l'inutilité de la production ou de la déclaration.

Avec la réforme, celle-ci a disparu dans les lignes de cet article, donc une manière pour nous dire que cette pratique n'était plus adaptée.

En l'absence de production, le réservataire ne doit plus être inquiété pour des questions de délais. Sa sûreté étant publiée, il doit pouvoir bénéficier de l'admission de son droit de revendication, même en dehors du délai légal, car son droit de propriété qui ne souffre d'aucune ambiguïté est par nature imprescriptible et absolu. Ceci étant, le créancier ne doit pas non plus attendre la fin de la procédure pour demander son droit, parce que celui-ci crée une apparence de propriété au bénéfice du débiteur et un faux espoir de désintéressement chez les autres créanciers du débiteur.

La déclaration de créance, bien qu'inutile pour la revendication du bien grevé, sert à conserver un droit du réservataire, celui de créance. Ce droit va produire son intérêt lorsque celui de revendication ne prospère pas. Il peut ne pas aboutir ou même le juge peut lui opposer un paiement échelonné et cela compte tenu de la situation financière qui prévaut. Cet état de fait intervient lorsque le bien est jugé indispensable au redressement de l'entreprise. Une fois que le créancier accepte cet échelonnement, il encourt un risque, puisque s'il n'est pas totalement

⁴⁵⁶ Cass. com., 15 oct. 2013, n°13-10.463, F-P+B, Société CSF France c/ M. J. Y. Teetten, liquidateur de la société Fleurbaix distribution et a et Cass. com., 15 oct. 2013, n°12-25.993, F-D, Société CSF France c/ Société Usmania et a. : JurisData n°2013-022941, Obs. VALLANSAN (J.), Op cit., p.01 et s.

⁴⁵⁷ V. art. 78 avant dernier alinéa de l'AUPC initial.

⁴⁵⁸ VALLANSAN (J.), Ibid., p.02.

désintéressé et que, par malheur, son débiteur arrivait à connaître une situation financière dégradante, lors du redressement judiciaire entraînant la liquidation des biens, il ne serait plus un créancier réservataire. Donc, il doit produire sa créance pour être qualifié comme créancier de la masse. Il risque de ne pas être payé ou du moins obtenir le reste de sa créance, car tous les créanciers de la masse ne sont pas des créanciers privilégiés susceptibles d'obtenir un paiement prioritaire. La raison est la suivante, la jurisprudence fait une nette distinction entre le titulaire de sûreté, celui de privilège et de priorité. N'étant plus considéré comme un réservataire, il perd le bénéfice de sûreté. N'étant pas aussi considéré comme un titulaire d'*argent frais* ou *new money*, il ne bénéficie pas de la priorité de paiement. Et en ce qui concerne le privilège, il pourrait être bénéficiaire, étant donné que, dans le cadre d'une vente, le vendeur bénéficie d'un privilège spécial⁴⁵⁹. Cependant ce statut ne lui est pas bénéfique. Il serait relégué jusqu'au sixième rang dans la répartition des deniers. Toutefois, en pratique, il est considéré comme un titulaire de créance, née après l'ouverture de la procédure et de surcroît, d'une proposition venant d'un organe judiciaire de la procédure, de différer son paiement, faute de liquidité. Donc, de ce fait, il bénéficie d'un statut privilégié mais difficile à classer en droit OHADA des procédures collectives, notamment celui prévu par l'art. 167 relatif aux biens mobiliers. Mieux, la jurisprudence fait recourt souvent à des critères, difficiles à cerner, tels que, la négociation et l'utilité de la créance dans la réalisation du patrimoine à liquider. La dernière hypothèse n'arrange pas le créancier, car sa créance n'a servi à aucune réalisation. Concernant la première, elle est plus subtile, mais non moins importante et demande la collaboration des organes de la procédure, car le droit des entreprises en difficulté est une discipline très complexe et échappe souvent à la rigueur juridique. Donc, le créancier peut jouer de son ingéniosité de négociant pour obtenir paiement, puisqu'à l'état actuel du droit des sûretés qui est caractérisé par l'inflation, aucune d'elle n'offre la garantie totale de paiement. Le mieux, c'est d'être un bon négociant et diligent. En somme, l'absence de production de la créance est, certes, une diminution dans le formalisme de la revendication, mais, elle demeure importante dans certains cas. Toutefois, cette pratique n'est pas la seule promesse effectuée par le législateur dans ce domaine. Il est intervenu pour décharger le réservataire de la procédure de revendication.

B- La décharge de la revendication

Le propriétaire d'un bien devait forcément établir son droit de propriété lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de son débiteur. C'est le cas d'un créancier propriétaire qui

⁴⁵⁹ V. art. 183 de l'AUS.

a transféré la possession de son bien au débiteur, en réservant la propriété de celui-ci à titre de garantie. Il le faisait à travers un mécanisme dénommé « *revendication*⁴⁶⁰ ». Le droit actuel fait abstraction de celle-ci, tout en octroyant au créancier la dispense de revendication⁴⁶¹ (1). C'est ce qui est aussi à la base de l'admission de l'action en restitution (2).

1- La dispense de revendication

La dispense est un concept à géométrie variable. Elle découle du verbe *dispenser* et du latin *dispensare* qui signifie *distribuer*. C'est à partir du Moyen Age que celui-ci a pris le sens d'*accorder une dispense*. Ce rappel est nécessaire, vu son importance dans le cas d'espèce. Elle est définie généralement comme étant le *relâchement de la rigueur du droit accordé par faveur à un individu déterminé, pour des motifs particuliers, soit par une autorité publique, soit par une personne privée*⁴⁶². Ainsi, elle permet à son bénéficiaire de faire ce qui est défendu ou de ne pas faire ce qui est prescrit⁴⁶³. Dans le cas d'espèce, le réservataire dont le droit a fait l'objet de publicité, est exempté de l'accomplissement d'une formalité qui conditionne même l'opposabilité de son droit à la procédure. Cette situation est prévue par le législateur en ces termes : *le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet de publicité*⁴⁶⁴. A la lecture de cette disposition, nous constatons que le principe de la dispense⁴⁶⁵ venait d'être consacré. Mais, son application est soumise à une condition, celle de la publicité dont l'application ne va pas poser assez de problèmes, car elle est le fruit d'une pratique jurisprudentielle. La chambre commerciale de la Cour de cassation française, a estimé que *seul le propriétaire d'un bien faisant l'objet d'un contrat publié est dispensé d'agir en revendication*⁴⁶⁶. La question qui se pose est celle de l'étendue de cette publicité. Sur celle-ci, la Cour affirme que l'enregistrement d'un contrat auprès des services des impôts n'est pas synonyme de sa publicité ou du moins de celle exigée. En droit OHADA des sûretés, cette publicité est organisée et faite au RCCM. A ce sujet, les juges de la Cour de cassation française ont décidé que la reconnaissance par le liquidateur du droit de propriété ne dispense pas le propriétaire du bien détenu par le débiteur

⁴⁶⁰ C'est ce qui découle des dispositions initiales des articles 101 de l'AUPC mais avec des impositions de production de créance.

⁴⁶¹ V. art. 101-3 de l'AUPC.

⁴⁶² CORNU (G.) ss. dir., Vocabulaire juridique, Op. cit., v. dispense.

⁴⁶³ V. Le Grand Robert de la langue française.

⁴⁶⁴ Art. 101-3 alinéa 1 de l'AUPC.

⁴⁶⁵ Sur la dispense de revendication, v. SAWADOGO (F. M.), Note sous l'art. 101-3 de l'AUPC, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, p.1257.

⁴⁶⁶ Cass. com., 5 nov. 2013, n°12-25.765, F-PB : JurisData n°2013-024233, in D. 2013, Chron. 2638, Obs. LIENHARD (A.) ; dans le même sens, v. HOUIN-BRESSAND (C.), Revendications et restitutions, Revue de Droit bancaire et financier n°02, mars 2014.

d'agir en revendication. Cette position jurisprudentielle est soutenable puisque la publicité est synonyme d'opposabilité du contrat au tiers mais aussi et surtout, il existe une distinction entre la publicité exigée et l'enregistrement au service des impôts. Une telle position est applicable dans l'espace OHADA.

La doctrine partage ce raisonnement en le qualifiant même d'imparable. Mais, nous pouvons lui reprocher d'être un peu sévère, car, en l'espèce, le réservataire était déclaré forclos, faute d'action dans le délai trimestriel, d'agir en revendication. Donc, ce dernier demandait un simple relevé de forclusion en arguant que la reconnaissance par le liquidateur de son droit de propriété, en indiquant la clause de réserve de propriété, était amplement suffisante pour servir lieu de revendication. Mieux le réservataire est titulaire de deux droits distincts, notamment son droit de créance et celui de propriété. Le premier peut être soumis à la forclusion et la suspension des poursuites individuelles, parce que la qualité de créancier est confrontée aux vicissitudes des procédures collectives, en l'occurrence, les exigences de cette discipline. Par contre, lorsque le réservataire invoque sa qualité de propriétaire, celle-ci ne doit pas faire l'objet de restriction sous prétexte d'une quelconque procédure, *a fortiori* celle liquidative, puisque, la propriété se caractérise par son absolutisme. Et de ce fait, elle donne une entière satisfaction à son titulaire. La seule condition qui peut lui être opposable est celle de la preuve de la propriété. Or, en la matière, le liquidateur avait déjà reconnu la qualité de propriétaire, à travers la clause de réserve. Egalement, nous savons tous que la forclusion, de même que l'inopposabilité, ne sont pas synonymes d'extinction de la propriété. Et d'ailleurs, nous pensons que celles-ci sont propres au droit personnel et non au droit de propriété.

En outre, ce droit, en l'espèce, a fait l'objet de publicité qui a été déclarée insuffisante par la jurisprudence sur la base des motifs précédemment cités. En somme, nous pouvons retenir que la dispense de la revendication est sujette à la publicité du contrat. Cet état de fait s'explique aisément, parce que la publicité de la sûreté rendait l'action en revendication inopportune, puisque celle-ci sert valablement de reconnaissance de droit et d'opposabilité. C'est ce qui donne droit à la dispense de revendication et à l'admission de la restitution du bien. D'ailleurs, en France, la demande en revendication emporte de plein droit celle en restitution⁴⁶⁷. Cette disposition est transposable en droit OHADA. Elle permet de faciliter davantage l'admission de la restitution du bien grevé.

⁴⁶⁷ C. com., art. R. 624-13, alinéa 4, in Rep. Com. Dalloz, v. Réserve de propriété, Op. cit., n°77.

2- L'admission de la restitution

Le législateur estime que le créancier *peut réclamer la restitution de son bien par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressée au syndic qui peut acquiescer à cette demande*. Ainsi, la thèse de la restitution vient d'être consacrée, avec comme exigence, la publicité. Mais, en matière de sûreté, celle-ci se fait par l'inscription de la garantie au RCCM comme souligné précédemment et non dans un journal d'annonce légale. Cette notion mérite d'être précisée, vu son intérêt pour le créancier réservataire.

Littéralement, elle désigne le fait de restituer, de rendre quelque chose. Mais, cette action sous-entend de rendre une chose prise illégalement ou injustement. Donc, elle porte l'idée de dépossession involontaire du bien. De même, en droit, cette position n'est pas occultée. Cependant, puisque le droit n'épouse pas une réalité mais plutôt un objectif ou une vision, les textes qui forment son corpus, ne peuvent déroger à cette règle. Ce qui fait que la restitution peut porter sur des choses dont la dépossession est volontaire. Le vocabulaire juridique la définit comme le *fait de remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre, mais que l'on ne détenait pas injustement*. C'est le cas de la *restitution par l'emprunteur de la chose prêtée*⁴⁶⁸. Dans le cas d'espèce, il s'agit de restituer une chose dont on n'a pas payé le prix, et qui a fait l'objet de transfert de possession et non de propriété. Or, nous savons que, le transfert de propriété n'existe pas, puisqu'il s'effectue dès l'échange des consentements, notamment entre le vendeur et l'acquéreur. Et la seule obligation qui pèse sur le vendeur est celle de délivrance⁴⁶⁹. Ceci est un témoignage du caractère visionnaire du droit et, par ricochet, de ses textes de loi. Ainsi, une vérité d'hier peut être un mensonge d'aujourd'hui. De même, un principe d'hier peut être une exception d'aujourd'hui, comme nous le voyons avec cette clause, qui est très usitée en matière de contrats translatifs de propriété. Donc, on fait abstraction du principe pour faire place à l'exception. Cette position est confortée par une partie de la doctrine qui estime que le droit n'est que fictions et abstractions⁴⁷⁰. Et ce n'est pas le droit de la revendication qui va dire le contraire car, nous avons passé de la revendication pour une catégorie des créanciers à la restitution.

⁴⁶⁸ CORNU (G.), ss dir., Vocabulaire juridique, Op. cit., v. Restitution.

⁴⁶⁹ WESTER-OUISSE (V.), Le transfert de propriété solo consensu : Principe ou exception ?, RTD Civ ; 2013, chron. 299, n°02.

⁴⁷⁰ WESTER-OUISSE (V.), Le transfert de propriété solo consensu : Principe ou exception ?, Ibid., n°03.

Dans la pratique, le but recherché par le réservataire, est d'entrer en possession de son bien afin de disposer de celui-ci pour se faire payer. Sa réussite suppose que le débiteur soit en possession du bien. Qu'en est-il en pratique ? Le réservataire peut-il obtenir la restitution de son bien lorsqu'il n'est pas payé ou en cas de paiement partiel ? La jurisprudence a adopté une position favorable aux créanciers, lorsque le bien revendiqué se trouve dans les mains du débiteur en nature⁴⁷¹. Cette sûreté, de par sa nature controversée est source de confusions, car, les juges utilisent la notion de bien en nature dans le patrimoine du débiteur⁴⁷². Or, celui-ci n'est pas dans le patrimoine de l'entreprise débitrice, faute de transfert de propriété. Et d'ailleurs, c'est ce qui donne droit à la revendication ou restitution du bien grevé.

En outre, lorsque le bien n'est pas en la possession du débiteur ou qu'il a fait l'objet d'aliénation, le propriétaire peut aussi revendiquer le prix dans les mains du tiers, par le biais de la subrogation réelle. De même, le réservataire peut bénéficier de la restitution du bien en l'absence de toute demande, par le biais de celle formulée par le syndic adressée au juge-commissaire. C'est ce qui est organisé de la sorte : *même en l'absence de demande préalable en restitution, le juge-commissaire peut être saisi à cette même fin par le syndic*⁴⁷³.

En outre, l'allègement de la revendication ne se limite pas uniquement à la procédure de celle-ci. Il s'étend aussi à son assiette. C'est ce qui est expliqué par le recul ou la flexibilité dans l'assiette de la revendication.

Paragraphe II : L'atténuation de l'assiette de la revendication

La revendication du bien dans la procédure collective a été, jadis, considérée comme une atteinte au droit des autres créanciers de l'entreprise ou du débiteur, parce que celle-ci créait une apparence de solvabilité à l'égard des partenaires de l'entreprise débitrice. Cette situation a fait l'objet d'une correction. Ainsi, les créanciers propriétaires peuvent demander la revendication ou la restitution de leur bien indifféremment de la procédure. En sus, le législateur, pour des soucis de protection du débiteur, n'admettait pas la revendication des biens fongibles. Avec les réformes opérées en droit des sûretés et des procédures collectives⁴⁷⁴, cette question a trouvé un dénouement et la revendication du bien est faite sans distinction de sa

⁴⁷¹ Cass. com., 10 mai 2012, n°11-17. 626, D. 2012, Chron. 1326, Obs. LIENHARD (A.).

⁴⁷² LIENHARD (A.), *Idid*.

⁴⁷³ V. Art 101-3 dernier alinéa de l'AUPC.

⁴⁷⁴ Respectivement, le droit des sûretés et des procédures collectives.

nature (A). De même, lorsque ledit bien a fait l'objet de cession ou a péri, son équivalent en espèce peut être revendiqué (B).

A- La possible revendication du bien se trouvant dans les mains du débiteur sans distinction de sa nature de sa nature

Pendant longtemps, il a été jugé que pour revendiquer un bien dans la procédure collective, il faut que celui-ci soit en nature au moment de l'ouverture de la procédure. Cette pratique constituait un obstacle à l'action en revendication ou en restitution des fournisseurs, surtout dans le cadre des produits pharmaceutiques. Ce cas d'espèce soulevait même des controverses et des fluctuations jurisprudentielles quant à la qualification des médicaments comme biens fongibles ou non. La possible revendication de ces biens, même incorporés à d'autres biens, n'est plus un fardeau insurmontable avec le nouveau droit des sûretés et des procédures collectives.

Le grand succès de cette nouveauté a été sûrement consacré dans le domaine des biens fongibles. Mais un rappel de la revendication des biens en nature s'avère nécessaire. Le législateur OHADA dispose que, « *la propriété d'un bien mobilier peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie*⁴⁷⁵ ». Certes, quelques auteurs⁴⁷⁶ s'interrogent sur l'opportunité d'une telle consécration législative, puisque déjà connue en pratique. Mais, son insertion dans la catégorie des sûretés réelles permet de lui donner un régime juridique cohérent, même si sa nature reste sujette à controverse. Ainsi, une véritable sûreté venait d'être consacrée avec une efficacité inouïe, face à l'insolvabilité. La possibilité venait d'être offerte au réservataire de se soustraire à la discipline collective pour demander la restitution de son bien en présence d'un débiteur défaillant. Ce qui lui a prévalu le titre de *sûreté réelle pas comme les autres*. Mais, cela suppose que les critères de validité et d'opposabilité soient réunis, c'est-à-dire régulièrement formés et publiés. Ce sont ces formalités qui conditionnent l'efficacité de cette clause⁴⁷⁷.

La revendication du bien en nature est une procédure permettant au propriétaire d'un bien qui n'a pas subi de modification ou de changement dans les mains du débiteur de pouvoir entrer en possession de celui-ci afin d'en disposer et de se faire payer. Cependant, cette demande est

⁴⁷⁵ Art. 72 de l'AUS.

⁴⁷⁶ Rép com. Dalloz, v. Artisan, 2017, n°224.

⁴⁷⁷ SAWADOGO (F. M.), Note sous l'art 103 de l'AUPC, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd., 2016, p. 1258.

soumise à un formalisme rigoureux, car la jurisprudence estime qu'*une lettre qui n'invite pas son destinataire à se prononcer sur le droit de propriété, ne vaut pas demande en revendication*⁴⁷⁸. Dans cette demande, le propriétaire, en plus du fait qu'il demandait au débiteur de *prendre position sur la poursuite du contrat en cours, rappelait que la résiliation entraînerait l'obligation de restitution immédiate*⁴⁷⁹ du bien. Cette dernière volonté du propriétaire s'analyse comme une phase amiable de la revendication adressée au débiteur. Ainsi, elle devrait être affranchie de cette rigueur, parce que celle-ci est réservée à la phase contentieuse de la revendication. Elle emporte, de nos jours restitution, c'est-à-dire, la demande en revendication emporte de plein droit celle en restitution. Cette situation est facilitée en droit OHADA des procédures collectives par la reconnaissance des modes de réalisation prévues par le droit des sûretés⁴⁸⁰. Or, cette restitution⁴⁸¹ est prévue en l'espèce, par le droit des procédures collectives. Elle est régie par l'art 103 alinéa 1^{er} de l'AUPC en ces termes, *peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire, soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution, notamment tout bien objet de crédit-bail*. Cet article fait référence aux marchandises consignées et objets mobiliers remis au débiteur. Mais rien n'empêche l'utilisation d'une clause de réserve de propriété dans le cas d'espèce, car cette sûreté peut être utilisée en garantie de toute obligation de restitution⁴⁸². Et c'est une manière aussi pour le propriétaire de se mettre à l'abri d'une éventuelle acquisition par prescription. La question essentielle, en l'espèce, est relative à son appréhension par la jurisprudence. A ce sujet, la chambre commerciale de la Cour de cassation française⁴⁸³ emploie deux concepts. Le premier est celui de l'individualisation. Elle estime que, le bien doit être individualisé par l'objet de la revendication, c'est-à-dire se trouver en nature dans le patrimoine de l'entreprise débitrice. Et le second est la conservation du bien dans son état initial. A cet effet, elle estime que, le propriétaire revendiquant doit établir que la marchandise revendiquée se trouve, à l'ouverture de la procédure collective, en nature entre les mains du débiteur et que la condition d'existence en nature s'entend de la conservation de la marchandise dans son état initial⁴⁸⁴. Qu'en est-il du lieu de détention ? Le débiteur doit-il

⁴⁷⁸ Cass. com. 12 mars 2013, n°11-24. 729, D. 2013, Chron. 1249.

⁴⁷⁹ Cass. com. 12 mars 2013, n°11-24. 729, D. 2013, Chron. 1249, Obs. LIENHARD (A.).

⁴⁸⁰ V. art 103 alinéa 3 de l'AUPC.

⁴⁸¹ V. art 77 de l'AUS.

⁴⁸² Cet état de fait s'explique par le fait que, la définition de cette sûreté ne la restreint pas à la vente seulement, elle s'étend à tous les contrats générateurs d'obligations de restitutions.

⁴⁸³ Cass. com. 03 déc. 1996, Bull. civ. IV, n°301, RDBF, 1997. 37, Obs CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J. – M.).

⁴⁸⁴ Cass. com. 11 juin 2001, n°12-28.761, D. 2014, Chron. 1325.

forcement la détenir dans ses propres locaux ou par l'intermédiaire d'une tierce personne ? Les juges de la Cour estiment que, peu importe que le bien en question soit détenu dans les locaux du débiteur ou par son représentant⁴⁸⁵. Cette position est soutenable, puisqu'elle participe à la sécurisation des droits des propriétaires même détenus pour compte. Par contre, nous pourrions lui reprocher de sacrifier les droits des réservataires, sous prétexte des critères qui ont montré leur limite en pratique, c'est-à-dire l'existence de la chose dans le patrimoine du débiteur à l'état initial qui est devenue illusoire de nos jours, avec le développement du commerce. Et quant à l'individualisation, cette méthode présente des imperfections qui sont à la base de controverses doctrinales. Pour ce faire, le législateur a consacré, avec la réforme, l'opportunité de revendiquer un bien fongible.

Le mystère de la restitution des biens fongibles a été brisé depuis la réforme de 2010 relative au droit des sûretés et celle de 2015 relative au droit des procédures collectives. Quant à la première, elle a prévu que, *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*⁴⁸⁶. Pour permettre au créancier d'atteindre son objectif, la formule suivante pourrait être à son bénéfice, « *à défaut de paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer* ». Pour éviter que la sûreté ne soit une source d'enrichissement, le législateur poursuit, *la valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement sur le solde de la créance garantie. Et lorsque la valeur du bien repris excède le montant de ce solde, le créancier doit au débiteur une somme égale à la différence*. Pour affirmer aussi le caractère d'ordre public de cette disposition, il affirme que, *toute clause contraire à la présente pratique est réputée non écrite*⁴⁸⁷. Ce mode de réalisation de la sûreté est également accepté par le droit des entreprises en difficulté. Celui-ci, par le biais des dispositions de son art 103 alinéa 3, accorde la possibilité de recourir au mécanisme de réalisation prévu par le droit des sûretés en la matière. En somme, la lecture combinée de ces dispositions permet d'exercer, sans heurter les normes législatives, l'action ou la demande en revendication des biens. Quid de la pratique ?

Cette question revêt une importance capitale en pratique et soulève de nombreuses interrogations⁴⁸⁸, notamment du point de vue jurisprudentiel. Mais avant, il est intéressant de

⁴⁸⁵ Cass. com. 10 mai 2012, n°11-17.626, D. 2012, Chron. 1326, Obs. LIENHARD (A.).

⁴⁸⁶ Art 75 de l'AUS.

⁴⁸⁷ V. art 77 dernier alinéa de l'AUS.

⁴⁸⁸ V. MARTIN-SERF (A.), La revendication des médicaments, biens fongibles ou non, RTD Com. 2005, Chron. 605.

s'interroger sur la notion de fongibilité. Pour ce faire, rappelons que le monde des choses est un « monde bariolé⁴⁸⁹ » dont la diversité conduit à la classification principale et secondaire des biens. La première renvoie aux meubles et immeubles, et la seconde, à leur caractère fongible⁴⁹⁰. Il s'agit d'une classification classique, puisque, de nos jours ce mot est utilisé en droit des biens, par opposition au corps certain comme une chose de genre⁴⁹¹. La fongibilité est une qualité relative à ce qui se consomme par l'usage⁴⁹². Ce qui n'est pas à confondre avec la consomptibilité. La fongibilité est aussi un caractère, celui de ce qui est fongible⁴⁹³, c'est-à-dire interchangeable. La jurisprudence admet la possibilité au propriétaire ou au réservataire de revendiquer son bien dans la procédure collective de son débiteur. Les juges du fond estiment que, *les médicaments et produits pharmaceutiques retrouvés en nature, au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective de la pharmacie acheteuse, mise en redressement judiciaire, sont des biens fongibles, dès lors qu'ils sont de même espèce et de même qualité que ceux revendiqués, étant interchangeables puisque constituant des produits de même nom et de même origine de fabrication*⁴⁹⁴. Cette position est renforcée par la Cour de cassation qui estime même qu'il s'agit d'une règle de fond et non de forme, notamment de preuve⁴⁹⁵. Elle précise aussi que le caractère fongible du bien relève du pouvoir souverain des juges du fond⁴⁹⁶. Malheureusement, cette situation présente des conséquences, car les juges du fond adoptent des positions divergentes⁴⁹⁷ dans leur appréciation. En ce qui concerne la question de l'existence en nature du bien, elle s'apprécie au jour de l'ouverture de la procédure⁴⁹⁸. Et lorsque plusieurs personnes revendiquent le même bien, les juges de la Cour régulatrice estiment que la restitution doit être faite au *proprata* des marchandises livrées par eux restant impayée à la date de l'ouverture de la procédure et qu'il ne peut y avoir restitution du bien avant l'expiration du délai de revendication⁴⁹⁹, en l'occurrence les trois mois. Cette démarche est soutenable, parce qu'elle

⁴⁸⁹CARBONNIER (J.), Droit civil, t. 3, les biens, Thémis 1992, spéc. n°52, p. 96, in LAUDE (A.), La fongibilité : diversité des critères et unité des effets, RTD Com. 1995, Chron. 307, n°01.

⁴⁹⁰CARBONNIER (J.), Ibid.,

⁴⁹¹CORNU (G.) dir., Vocabulaire juridique, Op. cit., v. fongible.

⁴⁹²Le Grand Robert de la langue française, v. fongibilité.

⁴⁹³CORNU (G.) dir., Ibid., v. fongibilité.

⁴⁹⁴Paris, 26- 06- 1998, 3^{ème} ch. B., in De la revendication de biens fongibles en vertu d'une clause de réserve de propriété, D. 2000, Chron. 69.

⁴⁹⁵Cass. com. 05 mars 2002, n° 98- 17. 585, D. 2002, Chron. 1139, Obs. LIENHARD (A.).

⁴⁹⁶Cass. com. 15 févr. 2002, n°97-11. 670, D. 2000, Chron. 127, Obs. LIENHARD (A.).

⁴⁹⁷Paris, 12 mai 2000, D. affaires, 2000. 329, in LAUDE (A.), Produit de santé. Nature biens fongibles (non). Revendication impossible, RDSS. 2000. 744.

⁴⁹⁸Cass. com. 29 nov. 2016, n° 15-12.350, in ROUSSEL GALLE (Ph.), Revendication des biens fongibles : il ne sert à rien de courir !, Rev. sociétés 2017. 180 ; dans le même sens, v. D. 2016. 2462, Obs. LIENHARD (A.) ; AJ Contrat 2017. 90, Obs. KILGUS (N.).

⁴⁹⁹ROUSSEL GALL (Ph.), Ibid., p. 180.

favorise l'égalité de traitement entre les créanciers et, en respect scrupuleux du délai prévu en la matière.

En plus, l'incorporation du bien ne constitue plus un handicap pour la revendication⁵⁰⁰. Cette position du législateur est partagée par la pratique. En la matière, vu l'évolution des échanges et du commerce, il est inopportun de débouter le propriétaire d'un bien de son action en revendication ou en restitution sous prétexte d'incorporation du bien à ceux détenus par le débiteur en procédure collective. Cependant, la revendication ou restitution du bien ne se limite pas à celui-ci, elle s'étend aussi à son équivalence.

B- La possible revendication de l'équivalent en espèce des biens se trouvant dans les mains du débiteur

Il convient de préciser a priori le concept d'équivalent qui signifie ce qui équivaut, qui a la même valeur ou la même fonction qu'une autre, qui peut la remplacer⁵⁰¹, par exemple, l'équivalent de quelque chose qu'on a reçu. Ainsi, l'équivalent en espèce du bien n'est autre chose que le prix de vente du bien ou son indemnité d'assurance⁵⁰². Le prix est revendiqué au sous-acquéreur et l'indemnité à l'assureur. Ainsi, nous analyserons respectivement, les deux cas.

Le premier, notamment la revendication du prix est la procédure par laquelle, le propriétaire d'un bien peut obtenir paiement en revendiquant son équivalent en espèce dans les mains d'un tiers. Cette situation est organisée par le législateur du droit des sûretés comme suit, « *lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien* »⁵⁰³. Cette disposition lève toute équivoque en la matière. Cependant, l'infériorité de ce droit, par rapport à celui des procédures collectives, peut laisser des soupçons dans son application. C'est la raison pour laquelle la réforme de ce dernier, a permis de corriger cette situation, en prenant en compte l'efficacité de ces nouvelles sûretés, notamment, celle de réserve de propriété⁵⁰⁴ et

⁵⁰⁰ V. Cass. com. 29 nov. 2016, n° 15-12. 350, D. 2016, Chron. 2462, Obs. LIENHARD (A.).

⁵⁰¹ Le Grand Robert de la langue française, v. Equivalent.

⁵⁰² SOUPGUI (E.), La protection des créanciers réservataires contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op. cit., n°17.

⁵⁰³ Art. 78 de l'AUS.

⁵⁰⁴ V. Art 103 alinéa 3 du NAUPC. Cet article autorise les modes de réalisation prévus par le droit des sûretés en la matière.

cela peu importe la forme de procédure⁵⁰⁵. Mais, il faut souligner que la protection du propriétaire n'est pas limitée au seul titulaire de clause de réserve, elle s'étend aussi à ceux qui n'ont pas cette qualité. C'est le cas des déposants, des prêteurs ou de tout autre contrat entraînant une obligation de restitution. Cette faveur découle de l'art 103 alinéa 2 du nouvel AUPC. La protection réelle du titulaire de la clause de réserve de propriété pose un véritable.

La jurisprudence, à ce problème, a trouvé une solution adéquate en octroyant la possibilité au réservataire de revendiquer au sous-acquéreur le prix du bien réservé, tout en posant certaines conditions. Celles-ci sont entre autres, l'absence du paiement du prix à l'acquéreur initial et l'existence du bien dans le patrimoine du réservataire par le biais de la subrogation réelle. Par rapport au premier, le paiement effectué par le sous-acquéreur, peut se faire par valeur ou par compensation⁵⁰⁶. Et puisque le second porte sur la revendication de la créance du prix, celle-ci doit forcément exister dans le patrimoine du titulaire de la sûreté. Selon la doctrine, cette possibilité est admise peu importe qu'il s'agisse d'un contrat de vente ou d'entreprise⁵⁰⁷. Mais, nous pensons qu'elle peut être élargie à tous les contrats translatifs ou de possession et qui font peser sur le débiteur une obligation de restitution, car les parties bénéficient des droits et obligations de même nature. Donc, rien ne les empêche d'être soumis au même régime. D'ailleurs, en France, les juges de la haute juridiction octroient une protection renforcée au réservataire-vendeur en lui donnant le droit de revendiquer, même en l'absence de déclaration de la créance par l'acquéreur initial à la procédure du sous-acquéreur, chose qui entraîne l'extinction de celle-ci⁵⁰⁸. Une telle position est applicable en droit OHADA qui renferme des dispositions similaires⁵⁰⁹. Cette position jurisprudentielle est soutenable, parce que ladite déclaration est relative à la qualité de créancier. Or, la revendication vise celle de propriétaire. Ainsi, l'absence de la première n'impacte pas la seconde et cela quel que soit la nature de la procédure⁵¹⁰, qu'elle soit de redressement ou liquidative. Mais, dans le cas d'espèce, nous pouvons reprocher à l'arrêt en question, d'être un peu sévère, à l'égard des créanciers du sous-acquéreur qui vont légitimement croire à l'existence fictive d'un bien dans le patrimoine de leur

⁵⁰⁵ C'est-à-dire que ces nouvelles sûretés réelles fondées sur la propriété font obstacle aux vicissitudes des procédures collectives indifféremment de leur forme, notamment, qu'il s'agit d'une procédure préventive ou curative.

⁵⁰⁶ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op. cit., n°17.

⁵⁰⁷ Cass. com., 05 mai 2004 : RJDA 10/2004, n°1144 ; dans le même sens, v. Cass. com. ? 03 déc. 2003, n° 731 : RJDA 04/2004, n°451, in SOUPGUI (E.), Ibid.

⁵⁰⁸ Cass. com., 21 févr. 2006, n° 04-19. 672, Bull. civ. IV, n°43, D. 2006, Chron. 718, Obs. LIENHARD (A.) ; dans le même sens, v. D. 2006, Chron. 2255, Obs. LUCAS (F.- X.) et LE CORRE (P.- M.).

⁵⁰⁹ En la matière, l'art. L. 624- 18 du Code de commerce français antérieurement à la loi de 2008 est analogue à celui de l'art. 103 du NAUPC.

⁵¹⁰ V. Rép. com. Dalloz, v. Réserve de propriété, fév. 2008 (actualisation : janv. 2017), n°69, par VOINOT (D.).

débiteur. En plus, la revente du bien dénature l'action du réservataire, puisqu'il y aura substitution de bien et changement de nature. La première action porte sur un droit réel contre l'acheteur-revendeur et la seconde sur la valeur du bien, donc, la créance du prix de celui-ci. Ce qui fait de cette dernière, une action personnelle contre le sous-acquéreur, soumise aux exigences de la production de créance. Cependant, la question fondamentale réside dans le choix des personnes susceptibles d'accomplir cette formalité, notamment la personne qui a la qualité de créancier. La pratique estime que c'est le réservataire qui en a la qualité parce que la subrogation opère une substitution des biens⁵¹¹, au profit de ce dernier⁵¹². Une jurisprudence constante de la chambre commerciale de la Cour de cassation aborde dans le même sens. Elle estime que, « *lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur, sans que le sous-acquéreur puisse opposer au vendeur initial les exceptions qu'il pourrait faire valoir contre son propre vendeur*⁵¹³ ». Cela se comprend aisément, car le sous-acquéreur est informé de l'existence de la clause de réserve, par le biais de la publicité attachée à cette garantie. Ainsi, la question de la qualité de créancier est tranchée, la déclaration par l'acheteur-revendeur étant inopérante. Néanmoins, cette déclaration devrait être faite par le réservataire afin de conserver sa créance contre le sous-acquéreur et de l'opposer à la procédure de celui-ci. La revendication de l'équivalent du bien ne se limite pas seulement au prix en cas de revente, elle s'étend également à l'indemnité d'assurance du bien.

Une telle possibilité est organisée par l'art 78 de l'AUS cité précédemment. Elle permet au réservataire de revendiquer la créance d'indemnité. Il s'agit d'une règle classique appliquée à toutes les sûretés réelles, qu'elles soient classiques ou nouvelles. C'est un principe qui fait obstacle à l'entrée dans le patrimoine du débiteur de l'indemnité d'assurance, en cas de destruction du bien, notamment la réalisation d'un sinistre⁵¹⁴. La question se pose de savoir si une autre personne peut recevoir paiement ? A cette question, la Cour de cassation française a

⁵¹¹ C'est-à-dire que le réservataire perd son droit sur la marchandise et le récupère sur la créance du prix. Donc, une substitution des droits, notamment du droit de propriété au droit de créance ou du droit réel au droit personnel.

⁵¹² DOUWEINE (C.), La revendication du prix de vente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, D. 2011, Chron. 2617, n°05.

⁵¹³ Cass. com., 05 juin 2007, Bull. civ. IV, n°152, D. 2007, Chron. 1729, Obs. LIENHARD (A.) ; dans le même sens, Cass. com., 18 janv. 2011, D. 2011, Chron. 368, Obs. LIENHARD (A.) ; le même arrêt, v. RTD Civ. 2011. 378, Obs. CROCQ (P.).

⁵¹⁴ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op. cit., n°19.

répondu par la négative. Elle précise que seul le propriétaire du bien vendu a droit à l'indemnité due, résultant du contrat d'assurance⁵¹⁵. Cependant, nous pensons que le mandataire de ce dernier peut aussi être habilité à la percevoir au même titre que le vendeur-réservataire. De même, une autre question demeure, celle du paiement partiel du titulaire de sûreté réelle, lorsque, le bien objet de garantie, est inclus dans un plan de cession. Quel peut être le sort de celui-ci ? Le droit de créance du réservataire peut-il être menacé ? Manifestement, la jurisprudence a pris position en faveur de celui-ci. Elle affirme que le versement d'une quote-part du prix de cession au créancier n'affecte pas son droit de créance⁵¹⁶ sur l'assureur du bien, son droit personnel n'étant pas éteint au regard du paiement partiel qu'il a reçu. Cette démarche est défendable, car elle s'inscrit dans l'optique de la finalité de la sûreté. Concrètement, le vendeur, lorsqu'il décide de vendre sa marchandise, ne pense plus la retrouver. Ce n'est pas dans la volonté de ce dernier de revendiquer le bien après-vente. Ce qui importe, c'est sa valeur, notamment le prix. Donc, tout le plaisir est pour le créancier réservataire d'obtenir paiement par la revendication de l'équivalent en espèce de la chose grevée. La revendication stricto sensu, ne constituant pas un paiement, mais plutôt un moyen permettant d'obtenir celui-ci, le créancier fait abstraction de son droit de créance en mettant en jeu celui réel afin de pouvoir disposer du bien et de se faire payer. En la matière, cette revendication n'est pas possible, faute d'objet. La seule alternative pour rendre pérenne le droit du réservataire, après que celui-ci ait subi une attaque, est de le substituer. C'est ce qui a été fait dans le cas d'espèce cité.

Tout ceci est un témoignage de la fiction attribuée à ce droit, comme l'affirme une partie de la doctrine⁵¹⁷. Que les textes instaurent une fiction n'est, en soi pas un problème. Le droit n'est que fictions et abstractions : l'objectif étant d'organiser une société, ce n'est pas une réalité qui est saisie par le droit, mais des objectifs et une vision du monde, à un moment donné. C'est ainsi que l'on considère tel enfant comme le fils d'un tel, pour préserver la paix des familles ou assurer son éducation, tel groupement de biens comme une personne pour en faciliter la gestion et rassurer les créanciers, tel chien comme une chose meuble, alors qu'il assure son maître de son affection, tel meuble comme un immeuble pour préserver une unité économique, telle idée

⁵¹⁵ Cass. com., 1^{er} oct. 1985 : Bull. civ. 1985, IV., n°222 ; dans le même sens, v. Cass. com., 22 avr. 1997 : D. affaires 1997, Chron. 736.

⁵¹⁶ Cass. com., 12 mai 1998 : JCP G ; 1998, IV, 2486, in SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op. cit., n°19.

⁵¹⁷ DOUWEINE (C.), La revendication du prix de vente par le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété, Op. cit., n°15.

comme un bien appropriable pour encourager la création⁵¹⁸. Ainsi, le réservataire, subrogé, primerait toute personne se prévalant d'un droit sur la créance de l'indemnité d'assurance.

En outre, l'opposabilité du droit des propriétaires à la procédure collective fait de ces sûretés réelles, une sûreté pas comme les autres qui bénéficie aussi aux rétenteurs.

⁵¹⁸ WESTER-OUISSE (V.), Le transfert de propriété *solo consensu* : principe ou exception ?, Op. cit., n°03.

Chapitre II : L'opposabilité des droits des créanciers rétenteurs à la procédure collective

Le but d'une sûreté, c'est d'offrir à son bénéficiaire une garantie de paiement. Malheureusement, cet état de fait est fortement concurrencé lorsque, le débiteur est en difficulté, notamment, en procédure collective. C'est pourquoi, les dispensateurs de crédits ont envisagé toutes les mesures possibles afin de se mettre à l'abri. C'est ainsi que des garanties basées sur l'exclusivité⁵¹⁹ ont été imaginées, parmi lesquelles figurent la sûreté-propiété et le droit de rétention. C'est ce dernier qui nous intéresse. Cette sûreté était assimilée au gage⁵²⁰. Mais avec la réforme, son régime a été renforcé (Section I). Ceci a conféré au rétenteur un réel pouvoir sur le bien retenu (Section II).

Section I : Le renforcement du droit des rétenteurs

Le droit des entreprises en difficulté, notamment, des procédures collectives est une terre de rencontres, de conflits⁵²¹ et même de neutralisation des autres disciplines. Il englutit le droit du recouvrement de créance et des voies d'exécution qui sont des procédures individuelles permettant au créancier d'obtenir un paiement et celui des sûretés dont la réalisation constitue un handicap pour le redressement de l'entreprise. Fort de cette situation, le législateur OHADA a jugé nécessaire de protéger les titulaires de garanties en leur permettant de garder leurs sûretés. C'est dans ce cadre que, le rétenteur, n'est plus assimilable au gagiste (Paragraphe II). Mais avant, il est à souligner que ce dernier conserve sa sûreté (Paragraphe I) indifféremment de la procédure.

Paragraphe I : La conservation de la sûreté par le rétenteur

Le droit des sûretés, moteur du développement du crédit, occupe une place de choix dans le monde des affaires. En effet, l'octroi du crédit est profondément lié à l'existence des sûretés. C'est pourquoi, ruiner une sûreté, amène le dispensateur de crédit à freiner la procédure. Donc, il est apparu nécessaire de les maintenir, même lorsque le débiteur en difficulté, sollicite la protection de la justice. C'est ce maintien qui est synonyme de conservation. Néanmoins, la notion de conservation mérite d'être précisée (A) avant d'entamer son domaine d'application (B).

⁵¹⁹ V. AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., p.405.

⁵²⁰ V. art 43 de l'AUS initial.

⁵²¹ ROUSSEL GALLE (Ph.), Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres, Op cit., p.01.

A- L'analyse du concept de conservation

Traditionnellement, le droit de la faillite visait la sanction du débiteur et était axé sur la personne physique. Avec le temps, il a subi de profonds changements pour donner lieu à une sanction du créancier en minant toutes les sûretés dont il a bénéficié, puisque le droit de rétention n'était pas une sûreté et même pas assimilable à elle. Par conséquent, il résistait à l'ouverture de la procédure collective. Avec l'avènement du droit OHADA, il a été arrangé dans la catégorie des sûretés et de surcroît réelles. Ce qui devrait avoir pour conséquence sa neutralisation, parce que le droit des entreprises en difficulté est une discipline dérogatoire avec un effet de neutralisation des autres, y compris celui des sûretés. Heureusement, cette sûreté fait exception et, avec la réforme du droit des procédures collectives qui a renforcé le droit des titulaires de sûretés, a aussi renforcé davantage les prérogatives des rétenteurs. Ainsi, la force de la rétention est restée intacte. Le créancier rétenteur conserve sa sûreté quelle que soit la forme de la procédure ouverte à l'encontre de son débiteur. Mais, la notion de conservation en pratique prête à interprétation et même à équivoque.

La conservation du latin *conservatio*, désigne l'opération juridique ou matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine, etc. Par exemple : Pour la conservation de ses droits, un créancier peut faire opposition à un partage, tierce opposition à un jugement et demander même des mesures conservatoires⁵²², comme l'a fait le législateur en octroyant l'hypothèque de la masse aux créanciers dont les créances sont nées antérieurement à l'ouverture de la procédure. Elle est une pratique fondamentale et même primordiale dans la vie de l'Homme. C'est d'ailleurs, ce qui a poussé cet éminent écrivain français⁵²³ à dire que : « *le premier sentiment de l'homme fut celui de son existence ; son premier soin celui de sa conservation* ». Cette conception est d'autant plus importante dans les procédures collectives qu'on en a fait un principe, celui de la conservation des droits du failli, mais aussi de ses créanciers. La première entraîne des obligations à l'égard du créancier rétenteur. C'est cette situation qui est matérialisée comme suit, *le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état*⁵²⁴. La seconde, est protectrice des créanciers en l'occurrence du rétenteur qui va garder son droit peu importe la procédure dans laquelle il se trouve. Donc, il s'agit d'une notion équivoque. Mais, c'est la seconde hypothèse qui nous intéresse dans le cas d'espèce. Le

⁵²² CORNU (G.) dir., Vocabulaire juridique, Op cit., v. Conservation.

⁵²³ ROUSSEAU (J.- J.), De l'inégalité parmi les hommes, II, p.67, in Le Grand Robert de la langue française, v. Conservation.

⁵²⁴ Art. 70 al. 1^{er} de l'AUS.

législateur des procédures collectives n'a pas prévu de dispositions spécifiques en la matière. Cependant, le maintien des garanties, après l'ouverture d'une procédure, est un principe général qui peut être déduit de l'art 18 alinéa 2 de l'AUPC qui dispose que : « *les créanciers munis d'un privilège général, d'un privilège mobilier spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque ne perdent pas leurs garanties...* ». Il permet de sauvegarder les droits des créanciers. Bien vrai que cette disposition ne s'applique qu'aux vrais sûretés, c'est-à-dire à celles conférant un droit de préférence et soumises au droit des procédures collectives et peut être étendue à celles conférant un droit exclusif au paiement, sauf à reprocher son inopportunité. Et même là, nous pensons que cela l'est, puisque ces sûretés insoumises sont créées par fiction du droit. Donc, rien empêche le législateur de prévoir leur maintien de façon explicite afin d'éviter des bavures jurisprudentielles, comme ce fut le cas de certaines décisions judiciaires ayant entraîné la ruine des effets du droit de rétention dans la procédure préventive⁵²⁵, en faisant un amalgame entre les prérogatives du gagiste et ceux du rétenteur⁵²⁶.

Le rétenteur bénéficie de deux statuts. Il s'agit de celui de titulaire de droit personnel qui est corollaire de sa qualité de créancier et du droit réel qui provient de la rétention proprement dite, notamment, de la détention matérielle du bien, d'où l'adage, « *Pour retenir, il faut d'abord tenir* ». Dans cette logique, la conservation de la garantie entraîne celle de la détention et de la créance.

La première hypothèse est inhérente à la définition même du concept, c'est-à-dire, « *le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'article 107 alinéa 2, du présent acte uniforme*⁵²⁷ ». Cette disposition consacre le principe de la détention et, par conséquent, de sa conservation. Mais, elle fait ressortir son exercice de conditionnalités, parmi lesquelles figurent, la légitimité de celle-ci et l'opposabilité des droits du gagiste sans dépossession. Cette situation soulève la question de son application en pratique. La jurisprudence aborde dans le même sens et ajoute que c'est cette détention qui confère à la sûreté, la nature de droit réel opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette⁵²⁸, malgré que la qualité de sûreté est aussi controversée. Les doctrinaires et les praticiens

⁵²⁵ Abidjan, Arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Affaire Dame Ghoussein Fadiga Malick ND c/ Sté Alliance Auto, in Ohadata J-03-226 ; dans le même sens, v. MEUKE (B. Y.), De la suspension des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif de l'OHADA : le sort de la caution, Ohadata D-08-14.

⁵²⁶ V. Abidjan, Arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Ibid.

⁵²⁷ Art. 67 de l'AUS.

⁵²⁸ Cass. civ., 24 -09- 2009, n°08-10.152, D. 2009, Chron. 2275, Obs. DELPECH ; dans le même sens, v. RTD Com. 2010. 784, Obs. MARTIN-SERF.

du droit sont divisés sur la question. Les uns lui attribuent le statut de sûreté⁵²⁹ tout court ou de sûreté réelle inachevée, imparfaite⁵³⁰, d'autres lui nient simplement cette qualité. D'aucuns pensent que le débat sur la qualification est vain⁵³¹ et le Code civil, à travers la réforme de 2006, laisse croire qu'il est inclassable⁵³². Sur cette question, la Haute juridiction a donné sa position, en estimant que le droit de rétention n'est pas une sûreté⁵³³. Nous pensons que cette position n'est plus soutenable, car son introduction dans le lot des sûretés réelles ne fait aucun doute, avec les dispositions du droit OHADA. Cependant, nous pouvons reprocher au législateur de créer par fiction des mécanismes résultant de la pratique, car, la sûreté par définition, n'est pas la conséquence d'un lien juridique, mais, elle s'ajoute plutôt à ce lien. Elle est donc autonome au lien qu'elle garantit.

Cette fiction du droit a été beaucoup plus plausible dans le domaine du droit de rétention jusqu'à la consécration récente, en France, d'un droit de rétention fictif sur des biens incorporels et corporels, notamment dans le cadre du gage sans dépossession⁵³⁴. Le législateur OHADA n'est pas resté en marge, parce qu'il confère aussi le même droit au gage de véhicule qui, par essence, est une sûreté sans dépossession, puisque le régime de ce dernier découle du droit commun du gage⁵³⁵. Or, en la matière, l'analyse a contrario de l'article 119 de l'AUS, permet d'affirmer, sans risque de se tromper, que la mention de gage sur le document administratif d'autorisation de circulation ou d'immatriculation en l'absence d'inscription au RCCM est synonyme de validité et d'opposabilité. Donc, nous pouvons conclure que la remise d'un exemplaire de ce document au gagiste de véhicule s'analyse comme une dépossession. Même étant fictive en présence de conflit avec un autre gagiste sur le même bien, le gage avec dépossession est valable et opposable par le simple fait de la détention et non l'inscription au RCCM. Ainsi, le gagiste est réputé avoir conservé l'automobile en sa possession par la délivrance du reçu de déclaration de circulation ou d'immatriculation⁵³⁶. Il en découle que, le législateur OHADA, sans se rendre compte, a consacré un droit de rétention fictive à l'image de celui français au profit du bénéficiaire de cette sûreté. En pratique, la jurisprudence française aborde dans le même sens.

⁵²⁹ BEUDANT et LEBEROURS-PIGEONNIERE, Cours de droit civil, t. XIII, in Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, 2013, par PIETTE (G.), n°15.

⁵³⁰ PICOD (Y.), in Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, Ibid., n°15.

⁵³¹ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°453.

⁵³² PIETTE (G.), Ibid., n°15.

⁵³³ Cass. com., 20-05-1997, n°95-11. 915, D. 1998. 115, Obs. LIBCHABER ; dans le même sens, v. RTD Civ. 1997. 707, Obs. CROCQ ; V. aussi, RTD Com. 1998. 202, Obs. MARTIN-SERF ; v. également, Cass. com. 09-06-1998, n°96-12. 719, D. 1999. 300, Obs. PIEDELIEVRE.

⁵³⁴ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op. cit., n°446.

⁵³⁵ V. art 118 de l'AUS.

⁵³⁶ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°519.

Cette position jurisprudentielle, bien que qualifiée de bizarre⁵³⁷, n'est pas moins juridique, car elle est conforme au droit OHADA et français actuel. De même que celui-ci, il s'étend aussi au nantissement de créance, car, après la notification, seul le créancier reçoit valablement paiement. Il a donc un pouvoir de blocage du paiement par son seul chef.

En plus, la notion de conservation s'étend également à la créance du rétenteur qui va conserver sa créance. Ce statut est primordial, parce que, sans créance pas de sûreté qui, en principe, conditionne le droit de rétention. En pratique, le caractère accessoire de celui-ci est admis, puisque qu'il s'éteint lorsque la créance qu'il garantit disparaît⁵³⁸. Ce droit, par sa force, s'impose à tous *orga omnes* et fait de cette sûreté la *reine des garanties*. La conservation des droits des rétenteurs n'est pas toujours respectée en pratique. D'ailleurs, les atteintes sont différentes selon la nature de la procédure. C'est pourquoi, dans les procédures préventives et, comme souligné auparavant, ce mécanisme peut être écarté afin de sauver l'entreprise en difficulté. La notion de conservation devient de ce fait, une notion équivoque et variable, parce que, le droit de rétention est une sûreté très controversée qui peut souvent porter sur un bien n'appartenant pas au débiteur. Il est intéressant, dans ce cas, de s'interroger sur son champ d'application, en l'occurrence, sur son étendue.

B- Le champ d'application de la conservation

Il soulève la question des biens pouvant faire l'objet de rétention, puisque le rétenteur gagne sa lutte dans l'inertie et non dans l'action. Le simple maintien de cette garantie à l'ouverture d'une procédure contre son débiteur, est synonyme de victoire pour lui, car le monde des sûretés est un monde dialectique, un monde évolutif, guidé toujours par des considérations de politique économique. Et celui des sûretés réelles l'est encore plus. C'est un monde de « *va-et-vient*⁵³⁹ ». La vérité d'hier peut être le mensonge d'aujourd'hui et celui-ci peut être la vérité de demain. Ce qui compte, c'est comment accroître le développement économique, le développement du crédit. De ce fait, le véritable dilemme du législateur devient le choix des acteurs économiques. Créancier et débiteur sont « deux poumons dans un même corps ». Comment choisir de protéger l'un et laisser l'autre ? Le droit de l'un tire son fondement dans le fait⁵⁴⁰, car le droit de rétention

⁵³⁷ AYNES (L.) et CROCC (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°520.

⁵³⁸ Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, Op. cit., n°135.

⁵³⁹ WHAMSIDINE (A. A.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA, RTDA, Pénant n°844, EJA, 2003, p.279.

⁵⁴⁰ FONBAUSTIER (L.), Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit, RFDA, 2004, p. 1053.

constitue un exemple palpable, car c'est la victoire du fait sur le droit⁵⁴¹. C'est le seul mécanisme qui résiste véritablement au droit des entreprises en difficulté, notamment des procédures collectives. En sa qualité de reine des garanties, sa conservation devient plus qu'évidente.

La principale question est de savoir si ce droit peut être maintenu, lorsqu'il porte sur un bien n'appartenant pas au débiteur ? Mais avant, voyons le cas du débiteur propriétaire. Et comme son nom l'indique, le droit de rétention est le droit de retenir une chose que l'on devrait restituer. Une partie de la doctrine l'assimile à un réflexe naturel, car l'individu refuse de donner satisfaction à celui qui n'honore pas ses propres engagements, donc une forme de justice privée⁵⁴² pouvant même être qualifiée de brutale et qui s'impose *de facto*.

Qu'en pense la jurisprudence ? En faisant une analyse contraire de l'arrêt du 31 janv. 2003 précité, nous constatons que l'exercice de ce droit est conditionné à la propriété du bien, objet de rétention, parce que, la solution de ladite décision est révélatrice. En l'espèce, la cour estime que, « *le droit de rétention ne peut s'exercer sur le véhicule réparé par un garagiste si le débiteur des frais de réparation n'en est pas le propriétaire...* ». Ainsi, nous voyons que l'une des conditions opposées par la cour, pour son exercice, demeure la propriété du bien. En droit français, la chambre civile de la Cour de cassation a affirmé l'efficacité de cette garantie dans la procédure collective. Selon cet arrêt, le rétenteur peut opposer son droit au propriétaire de l'objet détenu⁵⁴³. Il s'agit d'une évidence qui ne mérite pas assez de commentaire, peu importe la procédure dans laquelle il se trouve. Ce qui veut dire que, les objectifs de prévention, de redressement ne font pas obstacle aux prérogatives du rétenteur. Cette position française est transposable dans l'espace OHADA, car de nos jours, aucun texte ne constitue un frein à l'exercice de ce droit, quelle que soit la situation du débiteur.

Néanmoins, la chose doit appartenir à son débiteur pour qu'il puisse la retenir. En effet, la chose d'autrui est exclue, en principe, du domaine d'intervention de cette garantie. Qu'en est-il du droit OHADA en la matière ? Le législateur du communautaire africain parle de détention légitime, sans nous dire ce qu'il entend par celle-ci. La doctrine pense que le créancier doit détenir légitimement⁵⁴⁴. Mais, aucun des deux n'a donné une définition de cette expression.

⁵⁴¹ POURQUIER (C.), La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit, RTD Com., 2000, p. 569.

⁵⁴² BENADIBA (A.), Le droit de rétention en France et au Québec : Une sûreté mobilière fonctionnelle, Les cahiers de droit 541 (2013) : 115-143, sur www.erudit.org, Consulté le 10 juin 2017.

⁵⁴³ Cass. civ., 13 mai 1861, DP 1861. 1. 328, in Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, Op. cit., n°92.

⁵⁴⁴ ISSA-SAYEGH (J.), Acte uniforme du 10 déc. 2010 portant organisation des sûretés, commentaire sous l'art 67, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Op. cit., p.912.

Qu'en pense la jurisprudence ? Celle-ci, à travers un arrêt du 31 janv. 2003, a estimé que le droit de rétention ne peut s'exercer légitimement, que si le bien retenu appartient au débiteur⁵⁴⁵. Une telle solution est critiquable. Mais, pour le savoir, interrogeons-nous sur la signification du mot légitime. Il découle du latin *legitimus*, de *lex*, *legis* qui veut dire loi. Il signifie ce qui est fondé en droit, en équité. Légitime évoque aussi l'idée d'un droit fondé sur la justice et l'équité, droit supérieur que le droit positif peut contredire. Dans ce cas, légitime, synonyme de juste, s'oppose à légal. Et pour les légitimistes, Louis-Philippe⁵⁴⁶ n'était pas un souverain légitime, bien qu'il fût légalement roi⁵⁴⁷. En droit français, *le terme de chose légitimement retenue*, s'analyse comme *le fait de rétention « matérielle » s'exerçant physiquement sur la chose*⁵⁴⁸.

Le premier reproche qu'on peut faire à cet arrêt est, d'abord, du point de vue légal, qu'aucun texte ne prévoit explicitement que le bien détenu doit forcément appartenir au débiteur. Ensuite, du point de vu de la justice, il est injuste d'imposer à un créancier la restitution d'un bien qui est la cause directe de sa créance, sans qu'il ne soit payé, sous prétexte que le débiteur n'est pas propriétaire de ce bien. Ce serait encourager l'enrichissement injuste. Et d'ailleurs, la détention légitime, comme abordée par la doctrine française, n'a rien à avoir avec le concept de propriété du bien détenu, mais plutôt, fait référence à la détention réelle et non fictive. Toutefois, compte tenu du fait que la détention est un fait, elle peut exister, peu importe qu'elle soit matérielle ou fictive. La jurisprudence a même reconnu la suprématie de celle-ci contre celle-là⁵⁴⁹. Cependant, la rétention d'une chose, si elle est légitime conformément à l'art. 67 de l'AUS, se doit d'intervenir, avant toute contestation⁵⁵⁰. En somme, le droit de rétention est la faculté reconnue à un créancier détenteur d'un bien appartenant au débiteur ou non, de refuser sa restitution, tant qu'il n'aura pas reçu un paiement intégral. Contrairement à ce que pense une partie de la doctrine⁵⁵¹, il n'est pas nécessaire que le débiteur soit forcément propriétaire du bien détenu. Donc, le domaine de conservation s'étend également à ce cas d'espèce.

Cependant, il convient d'envisager les situations dans lesquelles une procédure collective est ouverte. Le créancier rétenteur peut-il toujours conserver son droit ? A cette question, l'arrêt du 31 janvier 2003 nous répond par la négative. Il estime que, *le règlement préventif auquel le*

⁵⁴⁵ Abidjan, arrêt n°92, du 31 janv. 2003, Ohadata J-03-226.

⁵⁴⁶ Il s'agit de Louis-Philippe 1^{er} le roi des français de 1830 à 1848.

⁵⁴⁷ V. Le Grand Robert de la langue française, v. légitime.

⁵⁴⁸ SOINNE (B.), Traité des procédures collectives, Litec, 1995, n°1307, in POURQUIER (C.), Ibid., n°14.

⁵⁴⁹ Cass. com., 11 fév. 2014, n°12-29.143, JurisData n°2014-002138, RDBF, 2014, n°04, note CERLES (A.).

⁵⁵⁰ TPI Cotonou, n°034/, 1^{ère} C. com., 21-10-2002 : Sté AKPACA Sarl C/ Sté TRANS-OMAR, Ohadata J-04-404 ; dans le même sens, v. Ohadata J-04-291, Obs. ISSA-SAYEGH.

⁵⁵¹ WHAMSIDINE (A. A.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme OHADA, Op cit., p. 279.

débiteur a été admis fait obstacle à l'exercice du droit de rétention. Cette décision réduit le rétenteur au statut de simple gagiste dont les prérogatives sont entravées par cette discipline, notamment le droit des entreprises en difficulté. A l'ouverture de la procédure, les titulaires d'un droit de préférence, en l'occurrence, les sûretés réelles classiques, sont soumis à certaines exigences telles que, la suspension des poursuites individuelles et l'interdiction des paiements. Ce sont là, deux principes sacro-saints qui minent les droits des créanciers dans ce processus. Mais, cette position jurisprudentielle peut se comprendre, car le législateur initial du droit des sûretés a fait un amalgame entre ces deux garanties en assimilant leur effet⁵⁵². Avec la réforme, nous osons espérer un changement dans l'application de ces dispositions, étant donné que c'est le seul mécanisme qui confère l'entière satisfaction au créancier dans le droit de la faillite. Il serait donc très intéressant, que nos praticiens respectent cette qualité qui est même qualifiée d'invincible⁵⁵³ voire d'indéfectible, face à la procédure collective ou à l'insolvabilité ou même au refus d'exécuter son obligation. En France, la solution est toute autre. Le droit de rétention occupe le sommet de la hiérarchie des sûretés, malgré sa nature très controversée. Cependant, la position de la jurisprudence en la matière reste satisfaisante. Elle a estimé que les droits du rétenteur restent opposables au propriétaire du bien retenu, même s'il n'est pas débiteur personnel de la créance⁵⁵⁴. Il pourra conserver le bien, en refusant de le restituer, jusqu'au paiement de sa créance.

La conservation s'étend aux obligations nées des rapports contractuels, notamment, du droit de rétention conventionnelle. Il existe en plus du droit de rétention matérielle, celui de la rétention fictive. Ceci témoigne le caractère multiple de cette garantie. De la même façon qu'il s'exerce à toutes les obligations de restitutions, de cette même manière, la conservation l'est aussi. Celle-ci est un signe de protection et d'opposabilité des intérêts du rétenteur à la procédure collective de son débiteur. Cependant, les droits de celui-là restent vulnérables, lorsqu'ils sont confondus avec ceux d'un gagiste, raison pour laquelle, avec la réforme du droit des sûretés intervenue en 2010, le législateur a pris soin de distinguer leur régime.

Paragraphe II : L'absence d'assimilation au gage

Le droit de rétention est un moyen de pression très efficace permettant au créancier rétenteur d'obtenir paiement de sa créance. Il ne relève pas directement du droit mais du fait. Le

⁵⁵² V. art 43 de l'AUSA.

⁵⁵³ LE CORRE (P. - M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op. cit.

⁵⁵⁴ Cass. civ., 22 mai 1962, D. 1965, Chron. 58, Obs. RODIERE, in Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, Op. cit., n°93.

législateur initial l'avait assimilé au gage par méconnaissance de son originalité qui s'explique par l'autonomie de son régime et le renforcement de sa spécificité. Suite à la réforme, le rétenteur n'a plus à craindre les vicissitudes et les exigences du droit des procédures collectives comme le fait le gagiste, notamment, avec l'interdiction de poursuite (A) et de paiement (B) qui est inhérente à cette discipline.

A- L'interdiction de poursuite contre le débiteur

L'interdiction de poursuite est, une mesure inhérente à la procédure collective qui permet de mettre en lumière la situation financière de l'entreprise débitrice en fixant le passif. Elle varie selon la nature de la procédure, selon qu'on soit dans le cadre de la prévention des difficultés ou de leur traitement. Dans tous les cas, la procédure est dite préventive ou curative.

La première demande plus de sacrifices et d'efforts pour les créanciers de l'entreprise, parce que l'accent est mis sur la protection du débiteur. Dans ce cas, tous les moyens sont souvent bons pour amener celui-ci à surmonter les difficultés qui sont qualifiées de passagères et simples. L'Acte uniforme, à travers son art. 09 dispose que : « *La décision d'ouverture du règlement préventif suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximale de trois (03) mois, qui peut être prorogée d'un (01) mois dans les conditions prévues à l'art. 13 alinéa 2, sans préjudice de l'application de l'art. 14 alinéa 3 ci-dessous.*

La suspension des poursuites individuelles concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire.

Elle s'applique à toutes les créances chirographaires et à celles garanties par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments... ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que, contrairement au droit initial, notamment sous l'empire du Code de commerce français, les titulaires de sûretés réelles spéciales qui pouvaient facilement réaliser leur garantie sont tous concernés par la suspension des poursuites individuelles⁵⁵⁵. En France, la solution était pareille avant la loi du 25 janvier 1985⁵⁵⁶. Une analyse minutieuse de l'art 09 précédemment cité, nous montre que les sûretés conférant un droit exclusif sont également

⁵⁵⁵ SAWADOGO (F. -M.), Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 4^{ème} éd., 2012, p.1219.

⁵⁵⁶ V. Rép com. Dalloz, Entreprises en difficulté (Situation des créanciers), par MACORIG-VENIER (Fr.), 2013, n°256.

exclues du jeu. Cela s'explique aisément, car le but de cette suspension est la connaissance du passif du débiteur, notamment son montant. Or, concernant la sûreté-propriété, elle fait obstacle à l'entrée du bien dans le patrimoine du débiteur ou elle l'a fait sortir. Donc, avec le mécanisme de la publicité, étendu à toutes les sûretés réelles, les organes de la procédure peuvent facilement faire l'état de cette situation. Par contre, le droit de rétention n'enlève pas ou ne fait pas obstacle à l'introduction du bien dans le patrimoine de l'entreprise débitrice. Cependant, l'absence de soumission de cette garantie à l'interdiction de poursuite n'est pas totale. Elle est sujette à la nature de celle-ci. Sinon, le gagiste titulaire de droit de rétention, est également soumis à la procédure de suspension. Cela veut dire que la rétention conventionnelle obéit à celle-ci et cela, peu importe qu'elle soit matérielle ou fictive. Il reste le sort réservé au droit de rétention autonome qui, en l'espèce, est le seul qui lui échappe et résiste mieux aux aléas de la procédure. Ceci s'explique par le fait qu'il est toujours matériel et résulte chaque fois d'un fait qui précède le droit. Ce qui lui vaut l'admiration et sa qualité de reine des sûretés. Une partie de la doctrine parle même de sûreté-invincible⁵⁵⁷, une autre, de sûreté-primitive. Il arrive même qu'elle soit qualifiée de sûreté-gêneur. Cependant, la jurisprudence ne cesse de lui nier cette qualité⁵⁵⁸ afin d'asseoir davantage sa force. Malheureusement, cette force de la rétention est réduite à néant par certains praticiens du droit mus par la volonté de protéger le débiteur contre vents et marées. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 31 janvier 2003 qui venait de mettre en mal l'un des objectifs majeurs de l'OHADA, notamment la lutte contre l'insécurité judiciaire⁵⁵⁹, car, en matière d'affaires, il vaut mieux se montrer « fourmis méticuleuses » plutôt que d'être « cigales imprévoyantes »⁵⁶⁰ : « *Paie-moi car, tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose* ». Le mythe de cet adage est également sacrifié. En droit français, la position de la jurisprudence est plus favorable et satisfaisante. Qu'il s'agisse de plan de cession⁵⁶¹, de sauvegarde⁵⁶², ou de liquidation, la rétention demeure la meilleure arme contre l'insolvabilité ou la mauvaise-foi du débiteur dans l'exécution de son obligation. Une solution semblable est transposable en droit OHADA.

⁵⁵⁷ LE CORRE (P. –M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives, Op. cit.

⁵⁵⁸ Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, in SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), Droit des sûretés, JCP G., n°18, 02 mai 2016, Doctr. 553, n°18.

⁵⁵⁹ Pour plus d'infos sur les objectifs de l'OHADA, v. MBAYE (K.), L'histoire et les objectifs de l'OHADA, P. A., le Quotidien juridique, 13 oct. 2004, n°205.

⁵⁶⁰ Abidjan, arrêt n°92, du 31 janv. 2003, Ohadata J-10-248, Obs. ASSONTSA (R.) et TCHABO SONTANG (H. –M.).

⁵⁶¹ POURQUIER (C.), La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit, Op cit., n°16.

⁵⁶² POURQUIER (C.), Ibid., n°14.

Concernant les procédures préventives, nous regrettons la position antérieure, tout en espérant que les intérêts du rétenteur seront mieux protégés durant la période préventive. Quant aux procédures curatives, la solution retenue est la suivante : le rétenteur ne peut ou ne doit voir ses droits paralysés par la procédure que s'il obtient paiement de sa créance. Faute de quoi, nous pouvons parler d'abus, car ce serait injuste de lui imposer la restitution du bien étant donné qu'il n'est pas rentré dans ses droits. C'est pourquoi, la doctrine parle d'échappatoire au droit des entreprises en difficulté, en qualifiant le titulaire de cette garantie, de prioritaire au paiement, contrairement aux autres créanciers du débiteur. C'est ce qui lui vaut la qualité de garantie efficace⁵⁶³.

Néanmoins, il faut reconnaître que le rétenteur, en sa qualité de créancier, doit pouvoir subir ce principe de la suspension ou de l'interdiction des poursuites individuelles s'il décide d'agir, car en agissant, il évoque sa créance. Donc, il agit dans ce cas, comme un créancier. Or, si sa créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure, il serait qualifié de créancier antérieur. Et du coup, il va subir le même sort que ceux-ci, notamment les exigences et les sacrifices imposés par cette discipline, gages du traitement égalitaire des créanciers. L'ouverture d'une telle procédure entraîne en même temps la réunion des créanciers antérieurs en une masse représentée par le syndic, qui était seul garant de leurs intérêts, jusqu'à la réforme de 2015 qui a permis aux contrôleurs, d'agir en substitution face à son inertie, bien vrai qu'il existe une disparité entre les créanciers dans la masse, justifiée par la diversité de leur droit. Ils sont tous soumis à cette interdiction ou suspension de poursuites individuelles. C'est le principe de la primauté du collectif sur l'individu. Le rétenteur n'est habilité à agir, dans le cas d'espèce, qu'en conformité avec les dispositions de l'art 70 alinéa 2 de l'AUS. Les juges du fond procéderont à l'appréciation souveraine du caractère périssable et aussi à l'élévation des frais de conservation du bien.

La neutralisation de l'action d'agir du rétenteur se comprend aisément, car celui-ci gagne en inertie qu'en action. La force même du droit de rétention réside dans la patience, l'attente et non la précipitation. Sa capacité de nuisance est corollaire de la détention du bien grevé. Donc, il n'y a pas de rétention sans détention qui doit être matérielle et non fictive. Et d'ailleurs, pour retenir, il faut tenir. Le gêneur, comme le surnomme une partie de la doctrine, tient son droit d'un fait rigide, robuste qui, en état dormant ou passif, octroie plus d'avantages à son bénéficiaire. Il pourrait redevenir actif, tout en restant observateur de la partie et ne pas agir

⁵⁶³ DAMMANN (R.) et LE BEUZE (G.), La réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ?, Op. cit., p.05.

sous peine de se voir primer ou même réduit au rang de chirographaire. D'ailleurs, la jurisprudence estime que même s'il s'agit d'une sûreté réelle, le droit de rétention ne confère pas un droit de préférence à la répartition des fruits provenant de la réalisation de la chose grevée. Compte tenu de ce qui précède, le bénéficiaire de cette garantie doit, à défaut, mettre en œuvre son statut de droit réel, même si celui-ci est qualifié d'inachevé sinon, se contenter de la protection légale, notamment, son pouvoir réel sur la chose. Et, même dans ce cas, il doit s'abstenir d'agir sous peine de le perdre, puisque celui-ci ne concerne que les agissements contre le patrimoine du débiteur. En somme, c'est la traduction d'une situation qui peut être érigée en principe. Il s'agit de : retenir et poursuivre ne vaut, c'est-à-dire que la poursuite est incompatible avec l'exercice d'un droit de rétention. Raison pour laquelle, le législateur a enlevé le droit de rétention autonome de la liste des sûretés pouvant faire l'objet d'interdiction ou de suspension⁵⁶⁴ de poursuite. Celui-ci peut être ajouté aux autres principes, tels que, sans être exhaustif, « *retenir et consigner ne vaut* », « *retenir et substituer ne vaut* ».

Ainsi, le principe, retenir et poursuivre ne vaut, n'a plus d'effet à l'égard du rétenteur qui n'a plus à craindre l'impayé. Il doit juste attendre l'exécution de l'obligation qui incombe au débiteur. Et il est également protégé contre le dessaisissement involontaire du bien. Le législateur initial, dans le cadre des procédures curatives, parlait de suspension des poursuites individuelles. Avec la réforme, les termes ont changé. Il parle désormais, d'interruption et d'interdiction des actions en justice. Cette situation est même étendue au coobligé du débiteur peu importe la procédure⁵⁶⁵, tout cela pour encourager le cautionnement des dirigeants d'entreprise.

En outre, la suspension n'est pas la seule restriction remise en cause par cette sûreté. La suprématie du fait sur le droit et l'importance ou, du moins, l'utilité de la chose retenue peut servir de moyen de paiement du créancier. Le syndic peut être conduit à payer le rétenteur contre restitution du bien-grevé. C'est ce qui matérialise l'absence d'interdiction de paiement.

B- L'absence d'interdiction au paiement

Les créanciers, qu'ils soient munis ou non de sûretés, doivent s'attendre, en principe, à un désintéressement de leur droit. Surtout, lorsque ce dernier, par crainte d'impayé, se procure des moyens permettant de le mettre à l'abri. C'est le cas, notamment, des créanciers titulaires de

⁵⁶⁴ V. art 09 alinéa 3 de l'AUPC.

⁵⁶⁵ Pour le règlement préventif, v. art 09 alinéa 5 de l'AUPC et pour le redressement judiciaire, v. art 75-1 du même Acte.

sûretés qui, dans un souci de préservation ont exigé du débiteur, en échange d’octroi de crédit, des garanties pouvant leur servir d’intermédiaire, de protection et même de bouclier, face à une éventuelle insolvabilité de leur débiteur. Malgré tout, l’entreprise débitrice, qu’elle soit de bonne ou de mauvaise-foi, peut, en présence de difficulté, indifféremment de la gravité de celle-ci, se protéger en sollicitant l’aide de la justice. Par conséquent, il obtient, peu importe la nature de la procédure, une suspension ou une interdiction de poursuite qui a comme corollaire, celle du paiement. La première procédure s’analyse du côté du débiteur et la seconde, de celui du créancier qui envisage son paiement par une action, dont, il sera privé d’intenter. L’interdiction de paiement est l’un des piliers⁵⁶⁶ du droit des procédures collectives anciennement appelée « *droit de la faillite* » dont le fondement est à rechercher au niveau du traitement égalitaire des créanciers, gage d’une société démocratique prônée la déclaration universelle des droits de l’homme et du citoyen de 1789⁵⁶⁷. Ce qui permet d’empêcher le paiement inégalitaire⁵⁶⁸. Malheureusement, ce principe d’égalité est devenu, de nos jours, une exception d’égalité largement critiqué en doctrine⁵⁶⁹. La question se pose de savoir si tous les paiements sont concernés. Pour le savoir, interrogeons le droit positif. Il nous renseigne à travers l’une de ses dispositions⁵⁷⁰ en procédure préventive que : « *sauf autorisation motivée du président de la juridiction compétente, la décision d’ouverture du règlement préventif interdit au débiteur, à peine de nullité de droit :*

de payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement à la décision d’ouverture ;

de faire un acte de disposition étranger à l’exploitation normale de l’entreprise ou de consentir une sûreté.

Il est également interdit au débiteur de désintéresser les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie lorsqu’elles ont acquitté des créances nées antérieurement à la décision d’ouverture ». Au regard de ce texte, nous constatons, que l’interdiction légale ne concerne que le débiteur, à la différence du droit

⁵⁶⁶ PEROCHON (Fr.), Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, Op. cit., n°01.

⁵⁶⁷ Il s’agit des articles 1 et 6 de cette déclaration. Ils disposent que, « les hommes sont égaux en droit » et que la loi « doit être la même pour tous, soit qu’elle protège, soit qu’elle punisse. Tous les citoyens étant égaux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois public, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs talents ».

⁵⁶⁸ NEMEDEU (R.), Le principe d’égalité des créanciers : vers une double mutation conceptuelle (Etude à la lumière du droit français et OHADA des entreprises en difficulté), Op. cit., n°02 ; dans le même sens, v. NANDJIP MONEYANG (S.), Réflexion sur l’égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA, Op cit.

⁵⁶⁹ V. NEMEDEU (R.), Ibid. et NANDJIP MONEYANG (S.), Ibid.

⁵⁷⁰ Art. 11 de l’AUPCR.

français, qui l'étend aux organes de la procédure⁵⁷¹. Mais, une autre précision doit être de taille, le débiteur lui-même peut bel et bien recevoir paiement. La remarque positive de cette disposition, en faveur des créanciers, demeure l'autorisation motivée du président du tribunal compétent de payer certaines créances. C'est ainsi que plusieurs créanciers ont vu leur droit opposable à la procédure, parmi lesquels figure le rétenteur-autonome, autrement dit celui dont le droit est né d'un droit de rétention autonome. Certes, ce droit occupe une place de choix dans la hiérarchie des garanties et même la place la plus élevée, lorsqu'une procédure collective est ouverte. Le rétenteur ne demeure pas moins soumis aux obligations. En l'espèce, la jurisprudence analyse celles-ci en les assimilant à celles du dépositaire qui est tenu à une obligation de conservation en l'occurrence de la chose retenue⁵⁷². Avec le déclin du principe, le rétenteur ne souffre d'aucune inquiétude pour son paiement. Cependant, en présence d'un dessaisissement voulu avec le juge commissaire avec comme condition de récupérer la paie auprès d'un tiers, celui-ci ne peut être tenu qu'à la hauteur de ce qu'il a reçu. Tel fut le cas du factor auprès duquel le transporteur devrait recevoir paiement, après livraison des marchandises retenues⁵⁷³. Cette situation est un témoignage de l'éviction du principe en matière de procédure collective.

L'interdiction de paiement couvre un vaste domaine qui s'étend à toutes les créances antérieures, à l'exception de certaines, notamment, sans être exhaustif, les créances de salaire, de compensation⁵⁷⁴, y compris celle du gêneur-autonome. Néanmoins, ce dernier ne peut valablement exercer son droit que si sa créance est réelle⁵⁷⁵ et assortie d'un lien de connexité bien établi. La jurisprudence française aborde dans le même sens. Elle a décidé que la créance invoquée par le rétenteur doit exister sur la personne même à laquelle il oppose sa rétention⁵⁷⁶. Dans la pratique, ce lien peut être établi par une simple relation d'affaire⁵⁷⁷. Ce qui contribue davantage à la protection des créanciers. En plus, le caractère de la créance est capital ; il doit être certain. La jurisprudence française estime que n'est pas certaine, la créance du garagiste

⁵⁷¹ V. Rép. com. Dalloz, v. Entreprises en difficulté (Situation des créanciers), par MACORIG-VENIER (Fr.), Op cit., n°192.

⁵⁷² Cass. civ., 04 juin 1971, Bull. civ. 1971, I, n°178, in SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), S.J., éd. Gén., Op cit., p.16.

⁵⁷³ Cass. com., 16 janv. 2007, n°05-14.262, Juris-Data n°2007-037446.

⁵⁷⁴ MACORIG-VENIER (Fr.), Ibid., n°196 svt.

⁵⁷⁵ Abidjan, 24- 10- 2003, n° 1164, KINDA AUGUSTIN JOSEPH C/ Mlle KONE Fatoumata, Ohadata J-03-337 ; Conakry, 01- 04- 2003, n°75, Bureau veritas C/ Rustal Trading Guinée, Ohadata J-03-105, Consulté le 10 janv. 2015.

⁵⁷⁶ Paris, 20-05-1988, BT. 1988.547.

⁵⁷⁷ Abidjan, 07-03-2000, n°321, D.D c/SGBCI, Bull., Juris Ohada, n°01/2002, Ohadata J-02-130 ; v. Ohadata J-02-21, Obs. ISSA-SAYEGH.

qui ne s'est pas mis d'accord avec son client sur le montant des réparations à faire⁵⁷⁸. La pratique française est tellement favorable au créancier qu'elle a estimé que le caractère liquide et exigible peut faire l'objet d'une interprétation souveraine par la jurisprudence. Ainsi, une simple décision de justice peut rendre la créance liquide et même exigible⁵⁷⁹. Nous pensons que cette position est soutenable pour le premier aspect dans lequel il est juste demandé de fixer le montant. Par contre, le second paraît un peu sévère, car, il ne revient pas au juge de fixer la date d'échéance d'une obligation résultant des rapports humains. Celle-ci doit être laissée au seul chef des personnes concernées. Et même si cette volonté peut être matérialisée dans une décision de justice, elle peut ne pas être libre. Il serait plus opportun de laisser cette dernière hypothèse à la liberté humaine.

Certes, le rétenteur trouve sa force dans l'inertie. Cependant, quelle serait sa force en présence d'une menace pesant sur la chose retenue ou, lorsque les frais de conservation de celle-ci dépassent sa valeur. Le droit OHADA, à travers l'Acte uniforme sur le contrat de transport de marchandises par route, donne la possibilité au transporteur de le faire⁵⁸⁰, sans autorisation préalable. Lorsque le débiteur est in bonis, une telle action ne présente pas d'inquiétude. Par contre, dans le cadre des procédures collectives de cessation des paiements, l'autorisation de la juridiction compétente ou d'un autre organe de la procédure habilité à cet effet, est nécessaire. Même si les droits du rétenteur sont opposables à la procédure, ils portent toujours sur l'un des biens du patrimoine en procédure. De ce fait, ils doivent subir l'examen ou le contrôle des organes de la procédure afin de garantir les intérêts des acteurs en jeu. Ainsi, le transporteur doit forcément chercher un quitus de la part des organes pour agir et cela, malgré qu'il ne soit pas soumis au principe d'interdiction ou d'interruption des poursuites individuelles. Et en l'espèce, il n'a pas à s'inquiéter, parce que, son droit va survivre sur la valeur du bien, autrement dit sur son prix de vente, ce qui va redonner à la sûreté son illustre d'antan et faciliter l'accès au crédit des entreprises⁵⁸¹. Le droit de rétention, par sa force de nuisance, fait sa loi dans la procédure collective du débiteur. Son point fort réside dans sa nature. Et comme le dit cet auteur⁵⁸², selon que vous soyez puissant ou misérable, les jugements de la cour vous rendront blanc ou noir. C'est cette situation qui est représentée de façon binaire. En procédure préventive, le succès de cette sûreté est entravé parfois, par la pratique, comme précédemment

⁵⁷⁸ Cass. civ., 03- 05-1966, D. 1966, Chron. 649, Obs. MAZEAUD.

⁵⁷⁹ Cass. civ., 23- 04-1974, JCP G 1975. II. 18170, Obs. THUILLIER.

⁵⁸⁰ V. art 12 -6 de l'AUCTR.

⁵⁸¹ V. VERMEILLE (S.) et BEZERT (A.), Droit et Croissance, www.droitetcroissance.fr , Consulté le 10 mai 2014, p.02.

⁵⁸² LA FONTAINE FABLE, Op cit.

évoqué. Cependant, un revirement, en la matière, serait souhaitable. Actuellement, le législateur accorde une bonne protection aux intérêts des créanciers, titulaires de sûretés exclusives. Pour la première procédure, les dispositions de l'art 09 alinéa 3 développées antérieurement, sont amplement suffisantes pour se rendre à l'évidence. Relativement à la seconde, elle se caractérise, dans un premier temps, par une procédure de redressement et dans un second, de liquidation des biens. Les titulaires de sûretés réelles sont, en général, à l'abri des restrictions majeures imposées par la première⁵⁸³. C'est dire que, les titulaires de garantie munis d'exclusivité, sont exemptés de ces restrictions de prérogatives, car ils ne sont pas cités parmi les créanciers subissant l'art 134 de l'AUPC. Et c'est surtout, dans le cadre de la liquidation, que les exclusifs ont atteint le seuil de la protection de leur droit. Cette situation est inhérente à la forme de procédure et se comprend aisément, parce que le retrait, n'est pas à se fonder sur la poursuite de l'activité⁵⁸⁴.

En outre, l'opposabilité des droits du rétenteur à la procédure, justifiée par l'absence de soumission des droits à la discipline collective et au principe d'interdiction au paiement, s'explique également par le fait qu'il s'agit d'une exception, jadis restée inchangée. A la différence de l'exception générale qui concerne la compensation de créance et fondée sur le principe de sécurisation des marchés financiers, celle du « gêneur » figure parmi les exceptions spéciales dont le champ a été élargi aux sûretés-propriétés, y compris le crédit-bail⁵⁸⁵ qui peine, à présent, à voir son intégration tant souhaitée dans le lot des sûretés en droit OHADA. Ainsi, la place privilégiée du droit de rétention-autonome, dans la procédure de son débiteur, n'est plus sujette à polémique. Et d'ailleurs, la jurisprudence estime que le droit de rétention n'est pas à préciser dans la déclaration de créance pour exister, sauf lorsqu'il constitue l'accessoire d'une sûreté comme l'est, celui du commissionnaire de transport, justifié par son privilège⁵⁸⁶. L'absence d'assimilation aux autres sûretés réelles, tel que le gage, conduit à renforcer les droits du rétenteur et, par conséquent, à lui conférer un réel pouvoir de blocage.

⁵⁸³ V. art 134 alinéa 2 et 4 de l'AUPC.

⁵⁸⁴ PEROCHON (Fr.), Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles, Op cit., n°21.

⁵⁸⁵ PEROCHON (Fr.), Ibid., n°15. Pour plus d'infos sur le crédit-bail utilisé comme garantie, v. KALIEU ELONGO (Y. R.), Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Op cit., p. 197.

⁵⁸⁶ MARTIN-SERF (A.), Déclaration et vérification des créances. Obligation de déclaration. Le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance (Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, arrêt n°592 F-D, Sté Barbossi Excom c/ Vincent D. et a.), Op cit.

Section II : La consécration d'un réel pouvoir de blocage

Le pouvoir de blocage appartient à tous les créanciers dont la créance résulte d'un droit qui oblige son auteur à restituer le bien objet du droit. Il se caractérise par une emprise ou un droit sur la chose détenue. Cette détention, comme soulignée précédemment, peut être matérielle ou fictive. Elle résulte d'une sûreté constituée avec dépossession ou d'une fiction juridique c'est-à-dire en l'absence de possession, par une création législative. Le droit OHADA des sûretés initial conférait un simple pouvoir au rétenteur sur le bien⁵⁸⁷, en l'occurrence, le titulaire d'un droit de rétention. Cette situation découlait d'une qualification maladroite, le législateur la confondant avec le gage. Donc, les effets de celui-ci servaient à la réalisation de celui-là. Mais, avec la réforme du droit des sûretés⁵⁸⁸, le régime de la rétention-autonome a été dissocié de celui de la rétention conventionnelle. C'est ainsi que, le titulaire de celle-là a bénéficié d'un réel pouvoir sur le bien grevé, lui permettant d'avoir une exclusivité au paiement (Paragraphe I) et de se mettre hors du concours (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'exclusivité du paiement

L'exclusivité est une caractéristique du droit de propriété, le propriétaire, ayant sur le bien, un droit exclusif. Analysée du point de vue du rétenteur, elle émane d'un fait, notamment la rétention. Le vocabulaire juridique⁵⁸⁹ l'examine comme étant, *la modalité affectant une obligation contractuelle, en vertu de laquelle le débiteur réserve à son créancier, à l'exclusion de tout autre bénéficiaire, un genre de prestations mises à sa charge par le contrat*. En somme, elle signifie le non partage, l'éviction dans le paiement. Elle est matérialisée par un principe qui confère au rétenteur le paiement immédiat (A) et même intégral (B) de sa créance.

A- Le retrait contre paiement immédiat

Le retrait contre paiement est une technique juridique qui renferme des variantes, à savoir : « *retenir et consigner ne vaut* » ; « *retenir et substituer ne vaut*⁵⁹⁰ ». Le premier se traduit par

⁵⁸⁷ V. art 43 de l'AUSA, cet article dispose que, « *si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et de préférence comme en matière de gage* ». En l'espèce, le rétenteur n'a qu'un simple pouvoir sur la chose retenu. Car la première branche de cet article, permet la substitution du bien par un autre en qualité de sûreté. Or le pouvoir réel de blocage fait abstraction à cela. En plus l'exercice d'un droit de préférence sous-entend le concours qui ne rime pas avec celui-ci. Et d'ailleurs, cette situation est confrontée à un principe, « *retenir et concours ne vaut* ».

⁵⁸⁸ Il s'agit de la réforme de 2010 sur le droit OHADA qui a modifié son droit des sûretés et celui commercial général. Cette réforme a élargi le domaine du droit OHADA avec la consécration d'un nouvel Acte uniforme sur les sociétés coopératives.

⁵⁸⁹ CORNU (G.) dir., Vocabulaire juridique, Op cit., v. Exclusivité.

⁵⁹⁰ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

l'absence de consignation du bien retenu et le second par l'absence de substitution de celui-ci. Quant au caractère immédiat, il se fonde sur l'utilité du bien retenu. Indifféremment de la nature de la procédure, dès l'instant que la valeur de la chose grevée dépasse largement celle de la créance, il y a lieu de procéder à son retrait⁵⁹¹, afin de l'associer aux efforts du redressement ou du traitement des difficultés. Dans ce cas, l'accent est mis sur la poursuite de l'activité, notamment, l'apport de ce bien dans cette mission. Pour la liquidation, ces arguments sont moins opportuns, mais cela ne veut pas dire non importants, parce que, le liquidateur ne peut pas demander le retrait d'une chose dont la valeur est résiduelle par rapport à la créance, cause de la sûreté. Mais, généralement, le bien retenu sert au développement de l'entreprise débitrice. Lorsque le bien est menacé de détérioration, la vente devient imminente. Sur cette question, le législateur, à travers l'art 70 de l'AUS dispose que : « *le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état.*

Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état et la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se reporte sur le prix de vente qui doit être consigné ». Au regard de cette disposition, nous constatons l'utilisation du mot « *consigné* » qui porte sur le fruit de la réalisation du bien grevé. Ici, nous sommes en présence d'un débiteur *in bonis*, automatiquement les règles qui doivent recevoir application sont celles des sûretés à titre spécifique, par opposition aux voies d'exécution, qui servent de droit commun en la matière. Donc, en vertu du principe selon lequel, *le spécial déroge au général*, le droit compétent est celui des sûretés. Qu'en est-il de son application, lorsque l'entreprise connaît des difficultés ? La réponse à cette question nous exige une approche binaire et comparative. Nous allons, d'une part, l'analyser sous l'angle des procédures préventives, et d'autre part, sous celui des procédures curatives.

Le désintéressement dans la procédure préventive de règlement se fait par l'autorisation de la juridiction compétente. Ceci se justifie par le fait que le débiteur est assisté dans la gestion de son activité. Donc, la remise ou le retrait de la chose grevée doit être apprécié et autorisé par le tribunal compétent. Cet aspect s'accompagne avec le paiement du rétenteur, car, il met fin à la rétention qui est conditionnée, forcément au désintéressement du *gêneur* ou de l'*enfant chéri*

⁵⁹¹ POUGOUE (P. -G.), KALIEU (Y. R.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Op cit., n°169.

de la procédure collective⁵⁹². En France, pendant la période d'observation, le bien retenu peut être vendu et le prix consigné jusqu'à l'issue de cette période⁵⁹³. Le droit OHADA des sûretés adopte une démarche approximative en présence d'un péril menaçant le bien, sans être précis sur le sort du prix consigné. De même qu'en procédure collective, le droit de rétention se reporte sur le prix de la chose. Cependant, à la différence du droit français, la consignation du prix est faite au bénéfice du seul chef du rétenteur. Ainsi, il acquiert la priorité⁵⁹⁴ au désintéressement sur le prix. L'acquéreur en question ne peut entrer en possession de son bien que si cette charge qui pèse sur celui-ci a été exécutée. Donc, il a intérêt à le faire pour pouvoir exercer pleinement son droit de propriété. D'ailleurs, consigner le prix à d'autres fins serait contraire au principe selon lequel, « *retenir et consigner ne vaut* ». La rétention fait obstacle à toute consignation. Elle place au premier rang le paiement de son bénéficiaire. Le retrait de la chose ne peut avoir lieu que lorsque la dette du rétenteur a été immédiatement remboursée. C'est cela qui signifie le principe du *retrait contre paiement*. La Cour de cassation française apporte des restrictions à cette pratique. Elle estime que le retrait doit être justifié par la poursuite de l'activité de l'entreprise et également être autorisé par le juge-commissaire. La Cour régulatrice va même au-delà, elle estime que l'absence d'autorisation de retrait par le juge, en conformité de certaines conditions, telle que la continuité de l'activité, est une méconnaissance de l'étendue de ses pouvoirs. Donc, le retrait doit être nécessaire à la poursuite de l'exploitation⁵⁹⁵. Cette démarche de la Haute juridiction est conforme au droit OHADA. Ce dernier dispose que, « *le syndic autorisé par le juge-commissaire, peut, en remboursant la dette, retirer au profit de la masse, le gage, le nantissement ou le droit de rétention conventionnel constitué sur un bien du débiteur*⁵⁹⁶... ». C'est pourquoi, le paiement immédiat de l'*enfant chéri* de la procédure, comme le surnomme une partie de la doctrine⁵⁹⁷, est tributaire de l'utilité, de l'importance ou de la place privilégiée du bien dans le traitement de la maladie de l'entreprise ou de sa prévention.

C'est dans le cadre des procédures curatives de liquidation, que nous pouvons affirmer, sans se tromper l'efficacité de toutes les sûretés réelles, car il ne sert à rien de neutraliser une garantie, sans que cela ne soit motivé par l'augmentation de chance d'être payé. Raison pour laquelle le législateur du nouvel Acte uniforme portant organisation des procédures collectives et

⁵⁹² LUCIANO (K.), L'analyse juridique du droit de rétention, Revue des procédures collectives-Revue bimestrielle, LexisNexis, JurisClasseur, 2012, n°50.

⁵⁹³⁵⁹³ Art L. 621-25 al. 1^{er} du C. com.

⁵⁹⁴ POURQUIER (C.), La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit, Op cit., n°14.

⁵⁹⁵ Cass. com., 11-05-1999, n°96-11.280, D. 1999, Chron. 160 ; v. RTD Com. 2000 p.174, Obs. MARTIN-SERF (A.) ; v. JCP G. 2000. 10278, note LE MAIGNAT (P.).

⁵⁹⁶ Art 149 al. 1^{er} de l'AUPC.

⁵⁹⁷ LUCIANO (K.), Ibid., n°50.

d'apurement du passif a tiré les leçons, en prenant en compte les innovations majeures intervenues dans le droit des sûretés. L'efficacité des garanties accordant un droit exclusif au paiement est, reconnue par l'expression ou la formule⁵⁹⁸, « *sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement*⁵⁹⁹ ». Elle permet aux exclusifs, notamment, les créanciers titulaires d'un droit exclusif de primer tous les autres créanciers du débiteur. C'est pourquoi, la priorité⁶⁰⁰ du rétenteur dans le paiement ne prête plus à discussion et s'impose aisément à la procédure. Le constat est d'autant plus avéré, que face à un plan de cession, le pouvoir de blocage du rétenteur-effectif reste intégral⁶⁰¹. Ce qui lui permet d'obtenir immédiatement un paiement.

En outre, le titulaire de la sûreté archaïque dont l'efficacité n'est plus à contester⁶⁰² bénéficie aussi du principe, « *retenir et substituer ne vaut* ». Cela s'explique aisément, puisque contrairement au droit initial des sûretés qui autorisait cette substitution des sûretés⁶⁰³, la réforme de 2010 a stoppé cette pratique et donne automatiquement la possibilité au créancier de s'opposer à celle-ci. Ainsi, le réel pouvoir sur la chose dont bénéficie le rétenteur fait obstacle à tout échange de cette sûreté avec une autre. La force du droit de rétention vient d'être consolidée. Aucune force extérieure n'oblige ce dernier à abandonner son droit sans paiement. Sa puissance réside actuellement dans sa définition. Malheureusement, la première était plus protectrice, car elle éliminait tout concours avec une autre sûreté. Elle était exprimée ainsi : « *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*⁶⁰⁴ ». Par contre, la définition actuelle contient une limitation contenue dans l'art. 107 al. 2. Et pire, l'art 43 du droit initial qui traitait les effets de ce mécanisme a disparu. Bien vrai que controversé, cet article devrait être modifié afin de l'adapter, puisque la réalisation de ce droit est actuellement laissée à son sort. Cela se comprend aussi, parce qu'il s'agit d'un droit sui generis qui cumule ses effets avec sa définition. Ces effets n'ont de sens que lorsque la rétention trouvait sa force dans l'action. Or, le rétenteur trouve mieux son compte dans l'inertie. Et c'est d'ailleurs, avec cette dernière qu'il fait plier la plupart des règles du droit des procédures collectives⁶⁰⁵. C'est l'une des justifications même du

⁵⁹⁸ SAWADOGO (F. M.), Acte uniforme du 10 sept. 2015 portant organisation des procédures collectives et d'apurement du passif, in *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Op cit., p.1298.

⁵⁹⁹ V. art 167 de l'AUPC.

⁶⁰⁰ DAMMANN (R.) et LE BEUZE (G.), Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelles sûretés choisir ?, Op cit., p.05.

⁶⁰¹ CAGNOLI (P.), Le sort des créanciers munis de sûretés réelles, Op cit., n°12.

⁶⁰² ADJITA (A. W.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA), Op cit., p.279.

⁶⁰³ V. art 43 de l'AUSI.

⁶⁰⁴ Art 41 de l'AUSI.

⁶⁰⁵ PIEDELIEVRE (St.), Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective, Op cit., p.01.

principe sus évoqué, puisqu'en se dessaisissant, il perd son droit matériel et devient un chirographaire malmené, dépourvu de toute préférence sur la réalisation du bien initialement retenu. La position de la Cour de cassation française y est très favorable. Elle affirme que les droits du rétenteur ne peuvent pas être limités par le pouvoir conféré au juge-commissaire d'imposer une substitution de garantie⁶⁰⁶, notamment de sûreté. Le législateur a même été séduit par le charme et les exploits de cette garantie primitive jusqu'à ce qu'il l'a étendue sur les droits incorporels. Chose que les juges répugnent. Ils arguent que le droit de rétention d'une chose est corollaire de sa détention⁶⁰⁷. Qu'en est-il des droits du commissionnaire de transport sur les marchandises. Ce dernier a un privilège à l'image de celui du bailleur. Donc, il peut, comme celui-ci, vendre les marchandises, sans autorisation, à la différence du bailleur, qui est soumis à celle-ci. Mais, la question de son droit de rétention est sujette à fluctuation jurisprudentielle et soulève des controverses doctrinales. D'abord, en 1978, les juges de la Haute juridiction décident que le droit de rétention du commissionnaire est distinct de son privilège, c'est-à-dire, qu'il est autonome. Ensuite quelques années plus tard, ils s'interrogent sur l'opportunité de cette distinction. Et enfin, une vingtaine d'années après, ils développent la solution contraire. Ils retiennent dans ce cas que ce droit est la conséquence du privilège institué au profit de celui-là⁶⁰⁸. Il faut reconnaître qu'une jurisprudence constante nie la qualité de sûreté au droit de rétention, en accordant un paiement immédiat au rétenteur lors de la vente par le liquidateur du bien retenu, au motif qu'il bénéficie de l'art 159 de la loi de 1985⁶⁰⁹ et la dernière, à notre connaissance, date de 2015⁶¹⁰. Cette position de la jurisprudence française est transposable en droit OHADA. Malgré que celui-ci l'a consacré, de manière claire, parmi les sûretés réelles, à la différence du droit français. Cependant, force est de constater que le droit de rétention, bien qu'opposable à merci à la procédure collective, n'est pas totalement une sûreté réelle. Il demeure dans ce cas une sûreté réelle inachevée, faute d'attribut du droit réel. Et c'est cette situation qui consolide davantage sa force, puisque le principe du *retrait contre paiement* qui lui permet d'être désintéressé immédiatement est également garant de son paiement intégral.

⁶⁰⁶ Cass. com., 04 juil. 2000, D. 2000, Chron. 361, Obs. LIENHARD (A.).

⁶⁰⁷ Cass. com., 11 juil. 2000, in PIEDELIEVRE (S.), Ibid., p.01.

⁶⁰⁸ MERCADAL (B.), Droit de rétention dans une procédure collective, D. 2000, Chron. 297.

⁶⁰⁹ Cass. com., 20 mai 1997, Bull. civ. IV, n°141, D. 1998, Chron. 102, Obs. PIEDELIEVRE (S.) ; v. D. aff. 1997, p. 763 ; RTD Civ. 1997. 707, Obs. CROCQ (P.).

⁶¹⁰ Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, RTD Com. 2015. 745, Obs. MARTIN-SERF (A.).

B- Le retrait contre paiement intégral

Dans les relations d'affaires, la finalité de toute entreprise de crédit demeure le paiement, nonobstant sa taille ou le volume de son activité. L'intégralité du paiement devient une arme contre une possible paralysie de l'activité de l'entreprise débitrice⁶¹¹. La notion de paiement est controversée. Elle est d'abord économique avant d'être juridique. Le droit l'emploie rarement. Il utilise plus la notion d'exécution⁶¹². Donc, exécuter une obligation veut dire payer celle-ci. Selon le législateur du droit des sûretés, « *le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû...* ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que même le paiement au complet est inhérent à cette garantie par le retrait contre paiement entier. Ainsi, le principe du *retrait contre paiement*, consacré, en droit français est renforcé en droit OHADA pour devenir celui du retrait contre paiement au complet.

En effet, la Cour de cassation française accorde une opposabilité sans faille, au créancier-rétenteur. Elle lui accorde une satisfaction totale. Elle avait l'habitude d'opposer ce droit au propriétaire du bien, mais cette fois-ci, sa protection et son estime à l'égard du gêneur a atteint son paroxysme. Les juges de la Haute juridiction, dans un arrêt en date du 24 septembre 2009, rendu par la première chambre civile⁶¹³, affirment que ce droit est opposable au propriétaire même de bonne-foi⁶¹⁴. Les faits sont relativement simples ; une société dénommée Hecla tourisme avait acquis, en 2004, trois camping-cars auprès d'une société du nom de SEA. Afin de s'assurer du paiement futur de sa créance, le vendeur avait pris la précaution de conserver les documents administratifs nécessaires à la circulation des véhicules. Cela n'a pas empêché l'acheteur de céder les véhicules à trois sous-acquéreurs qui lui ont payé le prix, malgré sa mise en liquidation judiciaire, dans une procédure clôturée pour insuffisance d'actif. Ce qui laissa les sous-acquéreurs propriétaires face au vendeur initial rétenteur. Les juges de la Cour régulatrice censurent l'arrêt rendu par leur collègue du fond, au motif que, ce droit, de par sa nature est opposable à tous, y compris aux tiers non tenus de la dette. L'abus de droit retenu contre le vendeur initial par la Cour d'appel d'Orléans venait de tomber. Le mythe de la bonne foi qui permet de repousser les droits du propriétaire, au profit du possesseur, l'est également.

⁶¹¹ POUGOUE (P. -G.), KALIEU (Y. R.), L'organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Op cit., n°169.

⁶¹² MIGNOT (M.), La nature juridique du paiement, in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, Op cit, n°09.

⁶¹³ Cass. Civ. 24 sept. 2009, arrêt n°08-10. 152, (n°884 FS-P+B+1).

⁶¹⁴ V. BORGA (N.), L'opposabilité du droit de rétention au propriétaire de bonne foi non tenu de la dette, D. 2010, p. 302 ; D. 2009 AJ 2275, Obs. X. DELPECH.

Ainsi, la Haute juridiction octroie au rétenteur l'intégralité de ce qui lui est dû. Le principe du retrait contre paiement au complet est sérieusement garanti par les juges de haut niveau. Cette solution est applicable en, droit OHADA. D'ailleurs, celui-ci protège tous les titulaires de sûretés réelles préférentielles à fortiori le rétenteur. Et cela, dans toutes les étapes de la procédure, car non seulement, ils conservent leurs garanties, mais aussi des protections spécifiques leurs sont réservées. Ainsi, lorsqu'un bien du débiteur est gagé, nanti, hypothéqué ou affecté d'un droit de rétention, il ne peut être retiré par le syndic qui envisage la vente, que contre paiement et même entier de ce qui lui est dû. Ce retrait contre paiement, doit intervenir dans un délai de trois mois, faute de quoi, le créancier peut réaliser sa sûreté conformément au droit commun⁶¹⁵. Cependant, nous regrettons, la position soutenue par la Cour d'appel d'Abidjan dans une affaire qui a opposé au rétenteur le principe de la suspension ou de l'interdiction des poursuites individuelles lors de la procédure préventive. Cette position a fait l'objet de vives critiques par la doctrine⁶¹⁶.

Il est à souligner également que le désintéressement total, envisagé par le législateur et qui est, pour la plupart des cas, effectif, est le corollaire de la nature juridique même de cette sûreté. Et selon la Cour de cassation française, le droit de rétention est un droit réel opposable au sous-acquéreur du bien retenu⁶¹⁷. Elle consacre la primauté de la rétention fictive sur la rétention réelle. Dans le cas d'espèce, le vendeur initial n'avait que les documents administratifs du véhicule. Ce qui fait de lui juste un rétenteur fictif. Par contre, le sous-acquéreur qui réunissait les deux qualités à son seul chef, notamment, celle de propriétaire et de rétenteur a vu ses droits neutralisés sans assistance. Or, il s'était acquitté de ses obligations à l'égard de l'acquéreur, comme souligné plus haut. Mais, il faut reconnaître également que les juridictions du fond exigent le lien de connexité entre la créance, cause de la rétention et, le bien retenu⁶¹⁸.

Le droit de rétention, en sa qualité de sûreté réelle, est l'accessoire d'une créance. Ce qui veut dire qu'il s'éteint avec l'extinction de cette dernière et est transmissible avec elle. Sur cette question, la jurisprudence est favorable⁶¹⁹. Toutefois, une partie de la doctrine nie cette qualité

⁶¹⁵ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.129.

⁶¹⁶ KONATE (M.), Un grave détournement de la loi sur le règlement préventif par le juge : « le cas d'une suspension des poursuites individuelles ordonnée en violation de la loi et hors esprit du texte de l'AUPCAP de l'OHADA applicable », Ohadata D-13-14, Consulté le 16 août 2015.

⁶¹⁷ Cass. civ., 24 sept. 2009, n°08-10. 152, D. 2009. 2275, Obs. Delpech ; D. 2010. 302, Note Borga ; RTD Com. 2010. 784, Obs. MARTIN-SERF ; JCP N 2010. 34, Obs. DELEBECQUE.

⁶¹⁸ C.A Conakry, arrêt n°75, 1^{er} avr. 2003, Ohadata J-03-105 ; Abidjan, 07 mars 2000, arrêt n°321, Ohadata J-02-130.

⁶¹⁹ Cass. com., 20 mai 1997, n°95-11.915, D.1998, Chron. 115, Obs. LIBCHABER ; D.1998, Chron. 479, Obs. KENDERIAN ; D.1998, Chron. 102, Obs. PIEDELIEVRE.

au droit de rétention légale. Selon elle, le caractère accessoire de ce droit est réservé au droit de rétention conventionnelle⁶²⁰. Cette position n'est pas applicable en droit OHADA, car l'art 67 de l'AUS, logé au cœur des sûretés réelles, enlève toute confusion sur ce point. Le rétenteur peut obtenir paiement entier par d'autres mécanismes, tel que l'entiercement qui se définit comme, la remise aux fins de sûreté, d'un objet mobilier à un tiers qui en assume la garde pour le compte d'autrui⁶²¹. Ce tiers peut refuser la restitution du bien au débiteur, en opposant à ce dernier, le désintéressement du ou des créanciers. Ainsi, en accord avec cet autrui qui est le bénéficiaire, le tiers peut constituer un véritable rétenteur pour compte ou pour lui-même en présence des frais engagés dans la conservation du bien. De ce fait, le droit de rétention peut s'analyser comme un droit d'utilité publique dont chacun peut se prévaloir pour se rendre justice.

La subrogation réelle permet au rétenteur de bénéficier du privilège. Elle s'analyse comme une substitution qui constitue une clef de voûte des sûretés réelles, de par sa fonction conservatrice de la valeur de la sûreté et cela, face à une perte ou une aliénation du bien grevé. Donc, c'est la valeur du bien qui va servir de garantie, c'est-à-dire son prix. C'est cette force du droit de rétention à pouvoir s'adapter et à s'opposer à toutes les situations pouvant désavantager le rétenteur qui lui a prévalu l'appellation de « super » garantie dans la mesure où, il permet de primer tous les créanciers du débiteur. Parmi ceux-ci, sont concernés, l'administration fiscale, le trésor, la douane et même les superprivilèges des salariés⁶²². Et dans l'hypothèse d'un plan de cession, celui-ci ne peut porter atteinte au droit du rétenteur⁶²³. A la question qui du trésor ou du rétenteur mérite la protection, la réponse du législateur à cette problématique est favorable au « gêneur », parce que la primauté au paiement est largement consacré en sa faveur et cela, peu importe la procédure, car le rétenteur bénéficie d'un droit exclusif renforcé. Aucune imposition de substitution du bien ne peut être réalisée que si elle est motivée par le paiement du créancier antérieurement ou de façon concomitante, mais pas après la restitution, sauf motif légal.

Outre la subrogation réelle qui permet d'assurer la satisfaction du créancier, l'indivisibilité des sûretés réelles, notamment du droit de rétention, est aussi une cause de désintéressement total du rétenteur, car la détention de la chose qui constitue l'armature de cette technique, n'est pas

⁶²⁰ Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, n°16.

⁶²¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz, Op cit., v. Entiercement.

⁶²² DERRIDA (F.), Le superprivilège des salariés dans les procédures collectives de règlement judiciaire et de liquidation des biens, D. 1973, Chron 59.

⁶²³ Rép. civ. Dalloz, v. Rétention, n°125.

divisible. Le titulaire d'une telle sûreté, à la limite archaïque, peut la conserver dans sa totalité jusqu'au complet paiement, c'est-à-dire même en présence d'un paiement partiel. Mais, cela ne veut pas dire qu'il en est le seul bénéficiaire. Un tel droit peut être reconnu aux autres par le système de l'entiercement. De par son originalité, il est opposable, non seulement aux chirographaires, aux autres titulaires de sûretés et aussi au débiteur qui a bénéficié de la protection de la justice, notamment, la suspension ou l'interdiction provisoire de poursuite⁶²⁴ et cela, même en l'absence de publicité, sauf limitation légale⁶²⁵. Celle-ci est relative au conflit entre un rétenteur et un gagiste sans dépossession dont les droits sont antérieurs et publiés. Ce cas est très complexe en présence d'une procédure de redressement de l'entreprise, lorsque nous sommes dans le cadre d'une rétention conventionnelle ou autonome. Ceci s'explique par le fait que les droits du premier seront opposables à la procédure. Par contre, le second dont le droit est antérieur, sera frappé par le principe de suspension des poursuites individuelles. Son droit ne sera pas opposable à cette procédure. Toutefois, est-il possible pour le syndic de retirer contre paiement le bien ou d'imposer la restitution ?

La réponse à cette question, nous amène à interroger le droit des procédures collectives OHADA. Malheureusement, celui-ci est resté silencieux en la matière. C'est pourquoi, nous allons recourir au droit commun. S'il s'agit de deux gagistes, le problème ne se pose pas avec acuité, puisqu'ils seront tous frappés par les mêmes effets. Et le syndic pourrait procéder à la substitution de sûreté afin de vendre le bien et désintéresser les deux gagistes en commençant par celui dont le droit est antérieur, parce que, si le premier n'avait pas voulu, le second n'allait pas voir le jour. Donc, une façon de primer le droit de rétention matérielle comme cela a été dans le cas de l'arrêt cité. A la différence de celui-ci, le vendeur initial détenait les documents administratifs importants pour la circulation du véhicule détenu par le sous-acquéreur. Or, le gagiste sans dépossession ne détient pas de tels documents mais a quand même ceux afférents à la publicité de sa sûreté qui vont servir amplement de relai et feront valoir la primauté de son droit à celui qui lui a succédé. La solution sera identique, lorsqu'on se trouve en présence d'un droit de rétention autonome ou conventionnel⁶²⁶. La même solution va recevoir application dans la procédure de liquidation. Le seul problème qui peut surgir est l'insuffisance de la valeur du

⁶²⁴ Toulouse, 11 fév. 1977, Sté Sittex et autres, D. 1978, Chron. 206, Obs. MESTRE (J.), in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., n°448.

⁶²⁵ AYNES (L.) et CROCQ (P.), Ibid., n°448.

⁶²⁶ V. art 67 de l'AUS. Celui-ci limite les effets de ce droit à l'art 107 al.2 du même acte.

bien par rapport aux créances des deux protagonistes. Celle-ci peut être une cause d'inefficacité de l'une des garanties, notamment, le droit de rétention.

En outre, l'exclusivité du paiement dont bénéficie le rétenteur est tributaire du caractère exclusif de son droit qui s'applique, non seulement à la prestation de son débiteur, mais aussi aux autres créanciers de celui-ci. Ce qui fait qu'il bénéficie de l'absence de concours.

Paragraphe II : L'absence de concours

Le droit de rétention est l'une des sûretés réelles, à l'instar de la sûreté-propriété, qui protège les intérêts de son bénéficiaire en lui évitant d'entrer en concours avec les autres créanciers de son débiteur⁶²⁷. Par opposition aux titulaires de sûretés réelles classiques qui bénéficient d'un droit de préférence, c'est-à-dire de priorité, en éliminant les chirographaires à la répartition des biens de leur entreprise-débitrice, les titulaires de sûretés réelles nouvelles, y compris le droit de rétention, ont des droits à caractères exclusifs excluant tout concours avec une autre personne sur le même droit ou bien. Ce droit, qualifié de droit d'attente sur le bien grevé est un droit réel opposable à tous *erga omnes*⁶²⁸ et, par conséquent, d'exclusion. Littéralement, l'exclusion signifie l'action d'exclure, c'est-à-dire renvoyer, bannir, chasser, éliminer, rejeter, en somme, ne pas admettre. Cette pratique se traduit par deux principes, celui de « *retenir et concours ne vaut* » ; et en face d'un plan de cession, « *retenir et céder ne vaut* » qui seront analysés successivement, en dehors du plan de cession(A) et en présence de ce plan(B)

A- L'absence de concours en dehors du plan de cession

Le droit de rétention est une garantie qui gèle le bien du débiteur jusqu'au complet paiement. Cette possibilité accordée au créancier rétenteur permet d'exclure les autres créanciers du débiteur au concours. Monsieur DERRIDA pense que c'est la faculté pour le créancier, qui détient un objet appartenant à son débiteur, ou même à un tiers, d'en refuser, sous certaines conditions, la restitution jusqu'au complet paiement de sa créance. Nous voyons bien que ce mécanisme fait abstraction à toute idée de concours. Donc, il est intéressant de préciser son sens, mais avant, que recouvre, l'expression de concours ? Elle s'analyse comme la *situation de concurrence existant entre des personnes investies, sans ordre de préférence, de droits de même nature sur une même masse de biens. Ex : concours des héritiers appelés dans une même succession ; concours des créanciers chirographaires dans une procédure collective*

⁶²⁷ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), Droit des sûretés, Op cit., p.348-349 S.

⁶²⁸ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), Ibid., n°718.

*d'apurement de passif d'un débiteur insolvable*⁶²⁹. Cette définition sert amplement de lumière à la notion de concours. Analysée du côté du *gêneur*, nous voyons bien que l'existence de cette idée doit forcément se limiter entre les titulaires de droit réel, en l'occurrence les bénéficiaires de garanties réelles, puisque ceux-ci ont, en principe, un même droit. Malheureusement, la jurisprudence, de même que la doctrine, font une distinction entre les prérogatives des titulaires desdites sûretés⁶³⁰. D'aucunes sont qualifiées d'appartenir à la catégorie des droits réels exclusifs, d'autres à celle de droits préférentiels. Il s'agit respectivement des garanties-propriétés consacrées par le législateur de 2010 et celles dites classiques. Cependant, le droit de rétention n'est pas classé dans l'une de ces catégories par la doctrine française⁶³¹. Bien vrai que classé, de façon explicite, dans le lot des sûretés réelles, contrairement au droit français, il a quand même été introduit par l'Acte uniforme initial portant sur les sûretés. Mais, il faut reconnaître également que le nouveau droit des sûretés a servi à le rendre plus autonome, car l'ancien droit le confondait avec le gage, dans sa réalisation. Cette assimilation est partagée en pratique, car la jurisprudence, en assimilant cette sûreté à celle du gage, permet au rétenteur de s'attribuer le bien retenu, en guise de paiement, à concurrence de sa dette⁶³². Cette position jurisprudentielle participe davantage au renforcement des droits du rétenteur, puisque l'attribution du bien met le créancier hors du concours. Même si cette décision est intervenue au moment où le débiteur était in boni, elle peut être étendue dans le cadre d'une procédure collective. Pour ce faire, la pratique exige au préalable le respect des conditions d'existence, notamment la légitimité de la détention⁶³³, c'est-à-dire ne pas résulter d'une situation illicite⁶³⁴. Ce qui fait qu'il acquiert un droit exclusif à l'image de celui des créanciers-propriétaires. Ainsi, il ne peut pas y avoir de concours entre celui-là et les autres créanciers même privilégiés ou titulaires de sûretés traditionnelles, à fortiori les chirographaires, même si parmi ceux-ci, certains sont munis d'un droit de préférence, notamment les saisissants. Reste l'hypothèse entre les exclusifs, notamment les titulaires de propriété-sûreté et les rétenteurs. Sur cette question, le législateur tranche en faveur des seconds, il affirme que ce droit est opposable à l'égard de

⁶²⁹ CORNU (G.), dir., Vocabulaire juridique, Op cit., v. Concours.

⁶³⁰ AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., p.242 s.

⁶³¹ V. AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., n°430. Ces auteurs traitent le droit de rétention séparément des créanciers munis de préférence et d'exclusivité. Mais ils reconnaissent que dans certains cas, le titulaire de ce droit peut faire usage de son droit de rétention en refusant de restituer tant qu'il n'est pas payé.

⁶³² Abidjan, arrêt n°971 du 18 nov. 2005, Sté SCIMI c/Sté DALYNA TRAVAIL Agency, Ohadata J-09-362.

⁶³³ V. C.A Dakar, arrêt du 16 fév. 2001, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha MBACKE, Ohadata J-02-165 ; dans le même sens v. Ohadata J-06-121 ; Ohadata J-08-126 ; Ohadata J-08-128 ; Ohadata J-08-224 ; Ohadata J-09-29 ; Ohadata J-09-328 ; Ohadata J-09-12, Consulté le 02 fév. 2015 sur www.ohada.com.

⁶³⁴ C.A Abidjan, arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Dame Ghoussein Fadiga Malick c/ Sté Alliance Auto, Penant n°872, p. 379, in Ohadata J-10-248, Obs. ASSONTSA (R.) et TCHABO SONTANG (H. M.).

tous les autres créanciers exceptés les bénéficiaires de l'art 107 al. 2 de l'AUS⁶³⁵. La jurisprudence abonde dans le même sens à l'exception de l'arrêt précédemment cité, rendu en matière de procédure préventive par la Cour d'appel d'Abidjan et qui ne reflète pas la volonté du législateur africain. Par opposition à cette restriction en droit OHADA, la jurisprudence française accorde une efficacité totale au droit de rétention. Elle affirme que ce droit est opposable, non seulement au débiteur, mais aussi au propriétaire non tenu à la dette⁶³⁶. Cette position confirme davantage l'absence de concours entre le rétenteur et les autres créanciers et cela peu importe la nature de leur droit, car le droit de propriété, même étant accessoire, conserve son caractère exclusif. En donnant la primauté à celui-là, la Haute juridiction affirme, sans faille, le caractère absolu du droit des rétenteurs. Cette situation est inhérente à la nature même de ce droit, puisque par définition ce mécanisme est le fait de conserver une chose, légitimement tenue, tant que l'on n'a pas reçu paiement.

Cette prérogative n'est acquise que lorsque la créance du rétenteur remplit certaines conditions, notamment, être certaine, liquide et exigible. La créance est certaine lorsqu'elle n'est pas contestée. Elle est liquide lorsque le montant de celle-ci est connu. Et, elle est dite exigible lorsqu'elle est échue. Les juges de la Haute juridiction abordent dans le même sens. Ils affirment que l'exercice d'un droit de rétention est subordonné à l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible⁶³⁷. Mieux, le créancier doit exiger le paiement de sa créance, puisqu'une créance même arrivée à échéance ne produit pas d'effet, tant que le débiteur n'est pas mis en demeure. Mais, en face d'un débiteur insolvable, soumis à la procédure collective, l'ouverture de celle-ci s'analyse comme une mise en demeure de ce dernier. Donc, le créancier n'a plus besoin d'exiger le paiement de sa créance. En plus, des conditions relatives à la créance, il y a aussi celles liant la créance à la chose retenue, c'est-à-dire la connexité qui peut être matérielle ou juridique. La première hypothèse signifie que la créance doit être née à l'occasion de la chose retenue. Autrement dit, elle doit résulter de la détention. La seconde voudrait que la créance et la détention soient nées du même contrat ou quasi-contrat. Toutefois, cette connexité peut

⁶³⁵ V. art 67 de l'AUS.

⁶³⁶ Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, in RTD Com., 2015, p.745, Obs. MARTIN-SERF (A.).

⁶³⁷ CCJA, arrêt n°022/2007 du 31 mai 2007, KINDA Augustin Joseph et Maître TE BIEGNAND André Marie c/ Dame KONE Fatoumata, Recueil de jurisprudence n°09, Janv./Juin 2007, p.49, le Juris Ohada, n°03/2007, p.31, Ohadata J-08-224 ; dans le même sens, v. MBOCK BIUMLA (J. M.) dir, OHADA, Code Bleu, Textes annotés, Jurisprudence résumée de la CCJA, Annotation du droit comparé, JURIAFRICA, 3^{ème} éd., 2014, p.363 ; v. ISSA-SAYEGH (J.), Acte uniforme du 15 déc. 2010 portant organisation des sûretés, in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2015, 2016, p.913 ; v. ISSA-SAYEGH (J.), Répertoire OHADA, UNIDA, 2006-2010, p.233.

résulter d'une simple relation d'affaire⁶³⁸. Il s'y ajoute un autre critère : le bien ne doit pas faire l'objet de saisie antérieurement à la rétention. Ceci se comprend aisément, parce que la saisie rend le bien indisponible, donc insusceptible d'une quelconque rétention. Or, il est de principe que pour retenir, il faut détenir. Cette détention est d'autant plus importante qu'en l'absence de celle-ci, ou lorsque le rétenteur manifestement se prive d'elle, il est considéré comme un chirographaire dépourvu de toute sûreté. Ainsi, il va subir la loi du concours faute de détention. Sinon, en présence de celle-ci, le créancier peut bénéficier du principe « *retenir et concourir ne vaut* ». Celui-ci devient l'une des pierres angulaires dans l'éviction des autres créanciers de l'entreprise débitrice.

Le principe mérite d'être éclairci. Il signifie concrètement que les droits des rétenteurs ne peuvent pas entrer en compétition avec d'autres droits sur le même bien. L'idée de concours est conditionnée à celle de préférence ou de priorité. Mais, fondamentalement, il suppose que les créanciers concernés soient au même niveau, aient les mêmes droits, notamment, du point de vue de leur nature. Donc, en l'absence de proportion de force entre les droits, les titulaires de ceux-ci ne pourront concourir, faute d'équivalence entre les pouvoirs des différents protagonistes.

De même, l'éviction de concours est synonyme de celle du transfert de la charge de la sûreté, puisque celle-ci laisse subsister le concours entre le créancier titulaire de sûreté et les autres créanciers de son débiteur. Cette situation trouve sa justification au regard du principe de report de la rétention sur le prix, en cas de vente occasionnée par l'état du bien détenu⁶³⁹ ou dans la liquidation des biens. Cette technique législative laisse présumer un éventuel concours entre le créancier et les autres créanciers du débiteur, car elle ne précise pas la personne bénéficiaire du prix consigné. Cette insuffisance législative peut être source de confusion, puisque la consignation peut se faire au profit de l'ensemble des créanciers qu'ils soient antérieurs ou postérieurs ou au seul chef du rétenteur. Néanmoins, avec le bénéfice de la subrogation réelle, le créancier doit se trouver à l'abri du concours, parce la rétention se reporte sur le prix. Cette exclusion est étendue, dans le cadre du redressement judiciaire, à certains bénéficiaires de sûretés réelles, tels que, les gagistes, les nantis, les créanciers hypothécaires⁶⁴⁰ qui seront malheureusement frappés, dans la liquidation des biens, par la loi du concours et primés par

⁶³⁸ OTUMOU (J. -C.), Le Droit de rétention en droit OHADA, Op cit., p.81 ; v. ADJITA (A. W.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA), Op cit.

⁶³⁹ V. art 70 al. 2 de l'AUS.

⁶⁴⁰ V. KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.129.

d'autres créanciers, conformément au système de classement⁶⁴¹ ou de rang instauré par le législateur, sauf les bénéficiaires d'un pouvoir de blocage du bien.

Le législateur OHADA, à la différence de son homologue français, a classé cette sûreté dans la catégorie des sûretés réelles, en la mettant au premier rang des sûretés mobilières. En le faisant, il met le rétenteur au-dessus des autres. Et, la réforme du droit des procédures collectives en 2015, a servi davantage au renforcement des droits de ces titulaires de garanties et à la prise en compte des innovations majeures, notamment la consécration des sûretés-propiétés. Raison pour laquelle, le législateur de ce droit utilise la formule d'exclusion de concours en ces termes, « *sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les derniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant*⁶⁴² :... ». A la lecture de cette disposition, nous constatons bien que la volonté du législateur de faire de cette garantie la reine parmi les autres ne souffre d'aucun doute. Le droit de rétention est non seulement évoqué en premier lieu mais aussi, il est opposable au propriétaire même non tenu à la dette. Ainsi, « *retenir et concourir ne vaut* » est un principe qui confère au rétenteur une suprématie absolue à l'égard des autres sûretés. Et d'ailleurs, *rien ne sert de concourir, il faut à point retenir*⁶⁴³. Cette situation s'explique également par l'absence de soumission de ce droit aux principes de suspension des poursuites individuelles et d'interdiction au paiement des créanciers antérieurs. Elle va inciter les dispensateurs de crédits à préférer les sûretés exclusives au détriment de celles préférentielles⁶⁴⁴. Cependant, cette division des sûretés réelles n'est pas parfaite, car la notion de préférence englobe celle d'exclusivité. D'ailleurs, le titulaire de sûreté préférentielle peut être également alloti d'un droit exclusif. C'est le cas du bénéfice de l'attribution du bien à titre de paiement.

Cependant, ce principe n'est pas le seul moyen de protection des rétenteurs, ces derniers disposent d'une autre alternative, en présence d'un plan de cession. Ils peuvent se mettre à l'abri des créanciers concurrents, en évoquant une autre règle, celle de « *retenir et céder ne vaut* ».

⁶⁴¹ V. art 166 et 167 de l'AUPC.

⁶⁴² Art 167 de l'AUPC.

⁶⁴³ LE CORRE (P. -M.), Le gage avec droit de rétention face au plan de cession (Rien ne sert de concourir, il faut à point retenir), P.A., 22 oct. 1997, n°127, p.08.

⁶⁴⁴ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives, Op cit., p.2815.

B- L'absence de concours dans le plan de cession

Le droit de rétention dont la nature prête à confusion en droit français, parce que peine à s'insérer dans la taxinomie des garanties et des pouvoirs sur les choses⁶⁴⁵, est quand même une sûreté sûre. Cette qualité réside dans sa capacité à satisfaire le créancier en face d'un débiteur insolvable, car on peut vouloir payer et ne pas pouvoir payer et vice versa. Donc, il est très souhaitable d'avoir un moyen hyper efficace contre les personnes de mauvaise foi. La bonne foi étant présumée, il est souvent difficile d'en rapporter la preuve contraire. C'est dans ce cadre qu'intervient le mécanisme de la rétention. Le droit de rétention est ce médicament contre les ennemis du crédit, même si une partie de la doctrine le qualifie comme inefficace, pour le développement de celui-ci. Qu'en est-il lorsqu'il porte sur un bien inclus dans un plan de cession, indifféremment de la nature de celui-ci et, de la procédure dans laquelle il se trouve. Le rétenteur peut-il s'opposer ou va-t-il obtenir un paiement effectif ? Pour répondre à cette question, interrogeons le droit positif. Dans une de ses dispositions, le législateur nous précise que, « *le juge commissaire ordonne la cession en affectant une quote-part du prix de cession à chacun des biens cédés pour la répartition du prix et l'exercice des droits de préférence*⁶⁴⁶... ». Et il poursuit pour dire que, « *le syndic passe des actes nécessaires à la réalisation de la cession* ». Dans celle-ci nulle part, il ne fait allusion à la charge qui grève les biens, donc, peu importe que le bien soit l'objet d'une sûreté. Néanmoins, un prix est colloqué à chaque bien en fonction de sa valeur pour être réparti entre les créanciers, en tenant compte de leur préférence. Il ne serait pas question de distinguer les procédures, puisque le plan, qu'il soit de redressement ou de liquidation, conserve les mêmes effets⁶⁴⁷, ceux prévus par les articles 166 et 167 de l'AUPC. La loi fait allusion aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales. La question qui se pose est celle de savoir si le droit de rétention fait partie desdites sûretés. Les sûretés réelles spéciales se définissent comme des garanties portant sur un bien déterminé à la différence de celles générales qui portent sur tous les biens mobiliers ou immobiliers du débiteur. Ainsi, le droit de rétention est bel et bien une sûreté spéciale, mais pas comme les autres, parce que de par sa définition, il confère un droit exclusif, c'est-à-dire hors concours. Le prototype même des garanties exclusives réside dans la propriété-sûreté. Raison pour laquelle, le législateur OHADA, de même que son homologue français⁶⁴⁸, font allusion à ces sûretés

⁶⁴⁵ REVET (Th.), Nouvelle affirmation de la nature de droit réel du droit de rétention, RTD Civ. 2006, p. 584.

⁶⁴⁶ Art 162 de l'AUPC.

⁶⁴⁷ Art 133 al. 4 de l'AUPC. Cet alinéa précise que, « *le droit de préférence des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur le prix des biens cédés s'exerce dans l'ordre prévu aux articles 166 et 1667 ci-dessus* ».

⁶⁴⁸ V. AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., p. 405.

lorsqu'ils parlent de droit exclusif. Le droit de rétention est aussi arrangé dans la catégorie de celui-ci, indifféremment de sa nature, qu'il soit conventionnel, légal ou émanant d'un gage. Et rien n'impose au bénéficiaire de celui-ci la restitution du bien, tant qu'il n'est pas payé. Et c'est valable également dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise en difficulté. La Chambre commerciale de la Cour de cassation affirme⁶⁴⁹ que le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession. Les faits de l'espèce étaient simples. En garantie de concours financiers, un débiteur a consenti à des banques un gage sur les marchandises qui ont été mises en possession d'un tiers convenu. Le débiteur a été mis en redressement judiciaire assorti d'un plan de cession. A la suite, une quote-part a été affectée aux marchandises. Le cessionnaire, malgré l'opposition du tiers convenu, a pris possession de celles-ci, sans que la créance des banques ne soit payée. Les juges de la cour d'appel, en confirmant la position de leur collègue de la première instance, décident que le versement de la quote-part allouée aux banques avait entraîné purge de toute inscription de privilège ou de nantissement sur les biens cédés. Ainsi, les juges de la Cour régulatrice censurent l'arrêt déferé au motif que, la cession de l'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments de l'actif cédé. Qu'en l'absence de dispositions légales en ce sens, le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affecté à ce bien pour l'exercice du droit de préférence⁶⁵⁰.

Cette solution mérite d'être partagée et est applicable en droit OHADA, car le visa de la Haute juridiction française, notamment l'art 93⁶⁵¹, est le pendant de celui 162 de l'AUPC. Elle est valable indifféremment de la nature du droit de rétention. La Cour de cassation venait de consacrer un principe très important, celui de « *retenir et céder ne vaut*⁶⁵² ». Il signifie que la règle de l'affectation de quote-part, en matière de cession, posée par l'art 162 de l'AUPC n'est pas applicable au rétenteur légitime. Mais, rien n'empêche le juge de mettre un bien grevé de

⁶⁴⁹ Cass. com., 20 mai 1997, Crédit Lyonnais, Bull. civ. IV, n°151, p. 135 ; v. D. 1997, Chron. 312, Obs. HONORAT (A.) ; D. 1998, Chron. 102, Obs. PIEDELIEVRE (S.) ; RTD Com. 1998, p. 193, Obs. BOULOC (B.) ; RTD Com. 1998, p.205, Obs. MARTIN-SERF (A.) ; D. 1999, Chron. 05, Obs. DERRIDA (F.) ; D. 2001, Chron., 2815.

⁶⁵⁰ Cass. com., 20 mai 1997, Crédit Lyonnais, Bull. civ. IV, n°151, p. 135, D. 1998, Chron. 102, Ibid.

⁶⁵¹ Il s'agit de l'art 93 de la loi de 1985.

⁶⁵² LE CORRE (P. -M.), Pratique des procédures collectives, Dalloz, 1^{ère} éd., 2001, n°464 ; dans le même sens, v. D. 2001, Chron. 2815.

cette sûreté dans le plan de cession de l'entreprise débitrice. Il faut reconnaître aussi que les droits diffèrent, selon qu'il s'agit d'un droit de rétention simple ou celui du gagiste. Ce dernier étant doté d'un droit de préférence et de suite, il peut consentir une telle pratique. Dans ce cas, il s'exposerait à la répartition par préférence avec allocation d'une quote-part de prix. Le malheur est qu'il serait primé par d'autres créanciers privilégiés. Et il se retrouverait au cinquième rang. Donc, le mieux pour les créanciers c'est d'actionner leur droit de rétention afin d'obtenir un paiement prioritaire et d'exclure les autres créanciers de la course.

La doctrine partage cette position jurisprudentielle et affirme⁶⁵³ que des protections spécifiques ont été réservées à certains créanciers titulaires de sûretés, en cas de vente portant sur leur bien grevé. Parmi ceux-ci figurent le gagiste, le nanti, le créancier hypothécaire et le rétenteur qui ne peuvent voir leur bien retiré par le syndic que par leur paiement⁶⁵⁴ intégral, notamment de ce qui leur reste dû. Cette solution est conforme à l'esprit et à la volonté affichés du législateur africain dans la protection des dispensateurs de crédits, car dit-on : *sans sûreté, pas de crédit, sans crédit, pas d'économie moderne*⁶⁵⁵, donc pas de développement. Les sûretés ont, dans ce cas, besoin d'un régime juridique efficace pour faire face à l'insolvabilité du débiteur. C'est ce qui fut fait en dotant le droit de rétention d'un arsenal juridique lui permettant d'éviter le concours d'un autre créancier. C'est pourquoi, ce droit est opposable, non seulement au fisc⁶⁵⁶, au trésor⁶⁵⁷, aux salariés⁶⁵⁸ et même aux propriétaires non tenus à la dette du débiteur⁶⁵⁹. L'exclusion de concours concerne tous ces créanciers, exceptés les bénéficiaires de l'art 107 al.02 de l'AUS.

La « *reine des sûretés*⁶⁶⁰ », comme l'appelle une partie de la doctrine ne fait pas bon ménage avec la règle de l'affectation de quote-part prévue en cas de cession. Ceci s'explique aussi, par le fait que le droit de rétention est par définition, une garantie indivisible. Et comme le disait l'initiateur de cette indivisibilité des sûretés en matière d'hypothèque cité dans le titre I, *hypotheca est tota in toto et tota in qualibet parte, c'est-à-dire l'hypothèque est toute entière dans le tout et toute entière dans chacune des parties*⁶⁶¹. Cette pratique a été étendue à toutes

⁶⁵³ V. KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.129.

⁶⁵⁴ V. KALIEU ELONGO (Y. R.), Ibid.

⁶⁵⁵ AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., n°01.

⁶⁵⁶ Cass. com., 18 déc. 1990, n°89-16.260, Bull. civ. IV, n°329, in RTD Civ. 1991, p. 573, Obs. BANDRAC.

⁶⁵⁷ Cass. com., 26 janv. 1965, Bull. civ. IV, n°71, in Rép. Civ. Dalloz, v. Rétention, n°107.

⁶⁵⁸ Cass. com., 15 oct. 1991, n°90-10.784, in Rép. Civ. Dalloz, v. Rétention, n°132.

⁶⁵⁹ Cass. com., 03 mai 2006, n°04-15.262, in RTD Civ. 2006, 584, Obs. REVET (Th.).

⁶⁶⁰ DERRIDA (F.), Le créancier qui bénéficie d'un gage avec dépossession sur des biens inclus dans un plan de cession peut opposer son droit de rétention au cessionnaire de l'entreprise, D. 1999, Chron. 05, n°01.

⁶⁶¹ SOUHAMI (J.), Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles, Op cit., n°02.

les sûretés réelles. Elle signifie concrètement que, le bien dans sa totalité et dans chacune de ses parties, est affecté au paiement de l'intégralité et de chaque fraction de la dette. Ce principe, même qualifié d'ancien, participe à la sécurisation et au maintien des droits des créanciers. Donc, en leur octroyant une quote-part du prix du bien grevé, le législateur porte atteinte à ce principe sacro-saint, car par opposition de ce qui avait été décidé par les juges de la première instance dans l'affaire précédemment citée, le droit de rétention ne se reporte pas sur une quote-part du prix du bien, mais sur la totalité de la valeur de celui-ci et cela, conformément à la règle de l'indivisibilité. Heureusement que les juges de la Cour régulatrice ont décidé d'ailleurs, que « *retenir et céder ne vaut* ». De même en droit OHADA, la cour d'appel d'Abidjan⁶⁶² décide que le créancier rétenteur est fondé à retenir le véhicule déposé à ses ateliers, jusqu'au paiement intégral, dès lors que la créance est certaine, liquide, exigible et assortie d'un lien de connexité. Malgré que, cet arrêt ne soit pas rendu en matière de procédure collective, il démontre la volonté de la pratique africaine de protéger le créancier. Une telle attitude est applicable, face à un plan de cession de l'entreprise débitrice, dans l'espace OHADA. Ainsi, le droit de rétention devient un droit sans égal en droit du crédit.

Cependant, les titulaires de sûretés réelles, qu'elles soient classiques ou nouvelles, assortis d'un droit de préférence ou d'un droit exclusif, demeurent la cible des restrictions dans la mise en œuvre de leur droit, face à certains créanciers privilégiés dans les procédures collectives.

Conclusion du titre II

L'efficacité des sûretés réelles nouvelles se traduit par l'opposabilité de leur droit à la procédure collective. Toutefois, force est de constater que la protection des droits des titulaires de garanties réelles, trouve son fondement dans l'exclusivité qu'ils exercent sur les biens grevés. Ce droit exclusif appartient non seulement au bénéficiaire de sûreté-propriété mais aussi au titulaire d'un droit de rétention.

Pour le premier, en l'occurrence la garantie-propriété, elle suppose que la propriété de la chose est retenue ou cédée, donc le bien en question n'est pas dans le patrimoine du débiteur. Or, en principe, les restrictions dans les procédures collectives visent les poursuites et les exécutions contre les biens appartenant au débiteur. Ainsi, le réservataire est soumis à une procédure spécifique lui permettant de retrouver la possession de son bien afin de se faire payer. C'est

⁶⁶² C.A. Abidjan, arrêt n°971 du 18 nov. 2005, aff. SOCIETE SCIMI c/ STE DALYNA TRAVAIL AGENCY, Ohadata J-09-362 ; v. ISSA-SAYEGH (J.), Répertoire OHADA, UNIDA, 2006-2010, p.235.

cette même facilitation qui doit recevoir application relativement à la propriété transférée, en l'absence de dispositions dans le droit de la faillite OHADA, règlementant cette sûreté.

Et pour le second, notamment le droit de rétention, l'ouverture de la procédure n'affecte plus son droit car, il s'agit maintenant d'une sûreté autonome différente du gage. De ce fait, il trouve sa force dans le pouvoir de blocage et de nuisance.

En effet, en bloquant la chose retenue, le rétenteur prive le débiteur de son utilité et, par conséquent, oblige les organes de la procédure au retrait contre remboursement. Il n'est pas également soumis aux restrictions de poursuites et d'exécution puisque l'exercice d'un droit de rétention n'est pas synonyme d'une action en justice, encore moins d'une voie d'exécution. Et d'ailleurs, le législateur ne le mentionne pas parmi les atteintes prévues au règlement préventif⁶⁶³. Néanmoins, la force de la rétention risque d'être paralysée, face à un gagiste dont les droits sont antérieurs et publiés.

⁶⁶³ V. Art 9 de l'AUPC.

Conclusion de la Première partie

Au terme de nos réflexions relativement à cette partie, nous avons constaté qu'il existe bel et bien des règles de nature à garantir le paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles et cela, qu'il s'agisse de garantie réelle classique ou nouvelle.

En ce qui concerne les premiers, leurs droits sont protégés par d'énormes dispositions. Mais, pour bien les cerner, la démarche suivante est sollicitée : la protection des droits dans les procédures concordataires et celle en dehors de celles-ci.

Le traitement des difficultés d'une entreprise nécessite la recherche d'un accord ou des accords entre lui et ses partenaires créanciers. C'est ce qui est qualifié de « concordat ». Il varie, selon que le débiteur est en cessation des paiements ou non. On se rend compte que dans le premier cas, l'efficacité des garanties réelles traditionnelles est préservée tout au long du processus. Les garanties des créanciers sont maintenues et les délais et remises sont librement consentis donc, une parfaite négociation sans imposition, sauf suite à une mauvaise foi. Dans le second cas, en l'occurrence le concordat de redressement, ce sont les mêmes avantages et, d'ailleurs, des organes de surveillance peuvent voir le jour afin de veiller à l'exécution et à la prise en compte des intérêts des créanciers.

Et en dehors de ces procédures concordataires, le paiement des bénéficiaires de garanties réelles classiques s'effectue, selon que nous soyons dans une procédure de cession d'actif du débiteur ou de la réalisation d'un bien grevé. Dans tous les cas, le créancier muni de sûreté réelle traditionnelle bénéficie de l'allocation ou de l'affectation de quote-part. Et mieux, le syndic, autorisé par le juge commissaire, peut retirer le gage ou le nantissement au profit de la masse.

En outre, dans l'hypothèse d'une reprise des poursuites individuelles, le créancier hypothécaire, de même que le titulaire de la sûreté mobilière classique, en plus des actions classiques dont-il peut faire usage, peuvent aussi mettre en œuvre leur droit exclusif, lorsque celui-ci a été antérieurement convenu. D'ailleurs, la mise en jeu de cette exclusivité conventionnelle est possible dans la liquidation des biens et même dans le redressement judiciaire, car aucune restriction n'est faite en la matière, comparativement à celle du règlement préventif⁶⁶⁴.

La protection des droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques s'étend également aux sûretés réelles nouvelles.

⁶⁶⁴ V. Art 9 al. 2 de l'AUPC.

En effet, ces garanties réelles sont composées de la sûreté-propriété et du droit de rétention. Leur droit est protégé contre les atteintes imposées par l'ouverture d'une procédure collective. La raison est simple, les droits de ces titulaires de sûretés réelles sont opposables à la procédure. En revanche, la force des uns se trouve dans le fait et celle des autres dans le droit. Le premier cas renvoie à la garantie-propriété dont les droits sont garantis par l'un des attributs de la propriété, en l'occurrence l'exclusivité.

Mais, la propriété qu'elle soit réservée ou cédée, suppose que le bien n'est pas entré ou est sorti du patrimoine du débiteur. Ce qui fait qu'en principe, l'ouverture d'une procédure collective contre ce dernier, n'affecte pas les droits du propriétaire. Il n'est pas soumis aux principes de suspension des poursuites individuelles et de l'arrêt des paiements. A travers l'action en revendication ou en restitution, le créancier propriétaire recouvre la possession de sa propriété pour se faire payer, sauf cas de rétention d'un tiers.

Le droit de rétention est aussi opposable à la procédure collective. Il bénéficie d'un droit exclusif qui le met à l'abri du concours, de même que le propriétaire. Cette protection est le fruit de la réforme, car, avec le droit rénové des sûretés, le droit de rétention n'est plus à confondre avec le gage. Ainsi, l'autonomie de ce droit lui vaut un pouvoir réel de blocage du bien retenu. La force de l'adage « Paie-moi ! Tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose » venait d'être restaurée.

Les droits du rétenteur sont même opposables au débiteur non propriétaire. Donc, le rétenteur autonome est à l'abri de toutes restrictions de poursuites et d'exécution. En tout cas c'est ce qu'on peut déduire des dispositions règlementant le règlement préventif et du silence du législateur relativement aux autres procédures, notamment le dressement judiciaire et la liquidation des biens.

Ces mesures sont-elles suffisantes pour garantir largement et longuement le paiement effectif de ces créanciers en les mettant à l'abri de toutes sortes de restrictions ? A cette question, nous répondons par la négative, car les objectifs du droit des entreprises en difficulté amènent souvent les juges à adopter des décisions restrictives aux droits des rétenteurs⁶⁶⁵.

En plus, le droit de rétention autonome risque d'être contre-productif vis-à-vis des objectifs de sauvetage et donc, de croissance.

⁶⁶⁵ V. C.A Abidjan, arrêt n°92 du 31 janvier 2003, aff. Dame Ghoussein Fadiga Malick ND c/ Sté Alliance Auto, Op cit.

Seconde partie: L'atteinte au paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives

Le crédit suppose la confiance et, c'est pour instaurer celle-ci, que le dispensateur fait recours aux garanties, notamment, les sûretés qui peuvent être personnelles ou réelles. Ce sont ces dernières, surtout, qui nous intéressent dans cette étude. Néanmoins, une précision de certains termes paraît bénéfique afin d'éviter tout amalgame.

La sûreté personnelle consiste dans l'adjonction à l'obligation principale d'un engagement pris par un garant permettant au bénéficiaire d'agir contre celui-ci. Obligé pour un autre (le débiteur principal), le garant disposera d'un recours contre le débiteur principal, qui doit seul finalement, supporter la dette⁶⁶⁶. Dans la sûreté réelle, la solution est tout à fait différente. Le créancier se contente du patrimoine de son débiteur. Mais, il obtient, par avance, soit un droit de préférence sur le prix de la vente forcée d'un élément déterminé (meuble ou immeuble), ou de l'ensemble de ce patrimoine, soit un droit exclusif, la propriété sur un bien devant être transféré au débiteur en cas de paiement⁶⁶⁷. Le but recherché est de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur en réalisant la sûreté, le cas échéant, pour se faire payer. Ce paiement doit être intégral. Cependant, lorsque l'entreprise connaît des difficultés économiques ou financières, l'Etat ne peut rester indifférent, car, la faillite de celle-ci peut entraîner l'effritement du tissu social, gage de la stabilité économique, sociale et culturelle. C'est pourquoi, des sacrifices sont imposés aux créanciers, indifféremment de leur statut, afin de sauver l'entreprise débitrice. Il s'agit des limitations à leur droit d'agir et de paiement, notamment, des atteintes à leurs droits.

En plus, dans cette dynamique de protection du débiteur, des concours sont sollicités afin de lui permettre de recouvrer une bonne santé. C'est dans ce cadre que des nouveaux biens et services sont accordés. Ainsi, les auteurs de ces nouveaux apports vont bénéficier d'un traitement privilégié par rapport aux créanciers antérieurs. Il en va de même pour les salariés de l'entreprise débitrice, qui, pour des raisons sociales, vont être traités différemment. Ces créances privilégiées vont concurrencer les autres créances dans la procédure. Toutefois, les créanciers financiers tels que, les titulaires d'effets de commerce échappent à la concurrence, donc, ici, il s'agit des titulaires de sûretés réelles classiques. La restriction aux droits de ces derniers, suite aux privilèges accordés à certains créanciers, justifiée en partie par la protection du débiteur défaillant, constitue, une atteinte aux droits des bénéficiaires de sûretés réelles traditionnelles (Titre I) qui est d'ailleurs, étendue aux titulaires de sûretés réelles nouvelles (Titre II).

⁶⁶⁶ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll. LGDJ, Op cit., n°100.

⁶⁶⁷ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Ibid., n°6.

Titre I : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques

L'ouverture d'une procédure collective entraîne des conséquences fâcheuses, non seulement, à l'égard du débiteur mais aussi, de ses créanciers. La place du crédit s'accroît davantage, car, le traitement des difficultés financières repose sur celui-ci. Donc, pour inciter les établissements de crédit, dans l'accomplissement de cette lourde tâche, le législateur est intervenu pour sécuriser leur droit par rapport à la concurrence des autres créanciers. Certains parmi eux, vont subir des atteintes et, d'autres, un traitement de faveur. Pour ce faire, une place de choix est réservée à ceux qui vont prendre plus de risque, en attribuant de nouveaux financements ou de nouveaux biens ou même, en offrant de nouveaux services à la procédure. Ils bénéficient d'une primauté de paiement accordé par le nouveau droit. Il s'agit d'une part, de la primauté des créanciers antérieurs privilégiés (Chapitre I) et d'autre part, de la primauté des créanciers postérieurs privilégiés (Chapitre II).

Chapitre I : La primauté des créanciers antérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles

Les créanciers antérieurs sont ceux dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Leurs créances peuvent être assorties d'une protection décidée en amont par la convention des parties ou de façon légale en considération de leur caractère ou du but visé par celles-ci. C'est dans ce cadre que certaines parmi elles, visent à protéger le débiteur déjà en difficulté afin d'éviter à celui-ci la cessation des paiements (Section I) et d'autres, en raison de leur caractère ou de la plus-value apportée au patrimoine du débiteur (Section II).

Section I : L'évitement de la cessation des paiements

Le droit des entreprises en difficulté a subi de profonds changements. Il avait pour but de punir le débiteur insolvable mais vise actuellement la protection de celui-ci. Raison pour laquelle, le traitement préventif des difficultés s'accroît davantage. C'est pourquoi, le législateur a mis en place tous les moyens permettant d'inciter l'investissement dans une entreprise en difficulté, afin d'éviter la cessation des paiements⁶⁶⁸. Ainsi, la procédure préventive, initialement réservée dans l'AUPC au règlement préventif, s'est étendue, avec la réforme à la conciliation. Donc, les créances accordées dans ces cadres, notamment, la conciliation (Paragraphe I) et le règlement préventif (Paragraphe II) bénéficient d'un traitement de faveur.

Paragraphe I : Le traitement de faveur des créances nées lors de la conciliation

« *Selon que vous soyez fort ou faible, les jugements de la cour vous rendrons blanc ou noir* ». De cette même façon, « *selon que vous soyez conciliants ou trop cupides, le nouveau droit des procédures collectives vous favorisera ou vous punira*⁶⁶⁹ ». Tel est le message adressé aux créanciers par le législateur du nouvel Acte uniforme.

L'une des techniques de prévention des difficultés de l'entreprise prévue à cet effet, est la conciliation. Comme son nom l'indique, elle permet de trouver une solution à un problème ou litige entre des personnes par le biais d'un accord. Partant, des personnes de bonne volonté peuvent accorder des facilités ou soutien permettant à l'entreprise débitrice de surmonter cette situation et qui se caractérisent par l'attribution de bien corporel ou incorporel. Le but recherché est d'inciter les créanciers à financer les projets de restructuration. Mais, les créances nées de

⁶⁶⁸ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit. p.184.

⁶⁶⁹ CROCQ (P.), La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D. 2006, Chron. 1306, n°13.

la recherche de cet accord amiable, dont le règlement pèse sur le débiteur, ne se limitent pas à celles-ci. C'est pourquoi, leur domaine mérite d'être précisé (A) de même que leur régime (B).

A- La précision du domaine des créances favorisées nées de la conciliation

La question du financement demeure le levier de toute activité génératrice de revenus. Elle l'est encore plus, lorsqu'il s'agit d'une entreprise en difficulté, parce que, hormis les crises relatives aux mésententes entre associés qui peuvent être de nature à compromettre le bon fonctionnement de la société, celles économiques et financières sont les plus usuelles dans la faillite d'une entreprise. C'est ce qui justifie la nécessité d'un concours extérieur. Ainsi, les tiers qui vont fournir leur aide, qu'il s'agisse de l' « *argent frais* » ou « *fresh money* » ou d'un autre bien ou service, bénéficient d'une protection spécifique. Donc, assurer la poursuite de l'activité, devient le maître mot du législateur. En procédant de la sorte, ce dernier a instauré un organe dont la rémunération est, par nature, une créance née de la conciliation et pèse à titre principal sur le débiteur. De ce fait, les formes de créances sont relativement, entre autres, celles privilégiées de *new money*, les dispensateurs de nouveaux biens ou services. Mais, la grande question demeure celle du conciliateur. En résumé, nous avons les privilèges de nouveau bien et le cas spécifique du mandataire conciliant (1). Cependant, toutes les créances nées de la conciliation ne bénéficient pas de privilèges (2).

1- Les créanciers bénéficiaires du privilège de la conciliation

La conciliation est une procédure permettant de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers. Mais, toutes les créances ne sont pas concernées. Le débiteur indique celles qui sont plus importantes et dont le règlement peut occasionner des charges financières conséquentes. Donc, des délais sont négociés avec les créanciers concernés afin de permettre au débiteur en difficulté de recouvrer une santé financière permettant de faire face aux échéances convenues entre lui et ses créanciers. Et, pour y arriver, des concours de nature financière ou non peuvent être sollicités.

Les concours financiers ou « *argent frais* » ou « *fresh money* » émanent de la volonté des personnes, d'aider l'entreprise en difficulté, à recouvrer une bonne santé financière. Mais, les difficultés financières ne sont pas les seules déclencheuses de la procédure préventive de conciliation, il s'y ajoute celles économiques et juridiques qui difficultés doivent être avérées et prévisibles, sans que le débiteur ne soit en cessation des paiements.

Elles sont avérées lorsqu'elles ont été effectivement constatées et que l'on peut assez facilement en mesurer les conséquences. C'est le cas, des effets de la perte d'un client important sur le chiffre d'affaires de l'activité. Le caractère prévisible des difficultés signifie la présence des indices ou des craintes de nature à entacher le bon déroulement de l'entreprise et qui peuvent se révéler, par la suite fondés ou non⁶⁷⁰. Selon le législateur, « *en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exequaturé par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payés au titre du privilège selon les rangs prévus par les art. 166 et 167*⁶⁷¹... ». Il s'agit pour ces personnes, de mettre au service de l'entreprise, de l'argent liquide et non des promesses d'argent. Donc, l'expression *les personnes qui avaient consenti dans l'accord* doit être entendue comme étant le début d'un feuilleton qui ne se termine que par la concrétisation, notamment, la réalisation de la volonté exprimée, faute de quoi, le consenti ne peut se voir imposé un quelconque privilège. En plus, la notion d'*apport en trésorerie* mérite également d'être précisée. Elle signifie que l'apport de ces créanciers doit être liquide. D'ailleurs, c'est elle qui nous renseigne sur le caractère d'argent liquide ou frais. Ces fonds doivent être réellement apportés et immédiatement utilisables par le débiteur. Donc, nous pouvons assimiler cet apport de trésorerie à celui d'apport en numéraire⁶⁷² tel que prévu par le droit OHADA des sociétés, même s'il subsiste des spécificités, car, ils portent tous sur une somme d'argent. Ceci est un témoignage de la place grandiose qu'occupe le *métal précieux* dans les affaires et justifie également la protection de son titulaire qui a osé prendre des risques en finançant une activité qui présente déjà des difficultés.

La pratique partage largement cette situation. Elle considère même que ce privilège qui a été critiqué, parce que susceptible de créer l'inégalité entre les créanciers, ne porte pas pour autant atteinte au principe d'égalité entre les créanciers⁶⁷³. Cette égalité, longtemps recherchée par notre droit des procédures collectives, est purement théorique et difficile à mettre en œuvre, puisque les créances n'ont pas les mêmes sources. Le privilège est même conforté par la commission des finances du Sénat français, qui argue qu'il doit être interdit au signataire de l'accord de conciliation afin d'éviter qu'un créancier antérieur puisse obtenir le remboursement d'une dette antérieure pour allouer un « *vrai faux* » nouveau concours similaire, mais à des

⁶⁷⁰ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op. cit., p.67.

⁶⁷¹ Art. 5-11 al. 1 de l'AUPCR.

⁶⁷² Art. 40 de l'AUSC.

⁶⁷³ Cons. Const. 22 juill. 2005, n°2005-522 DC, J.O 27 juill., p. 12225 ; LPA 04 août 2005, p. 14, note SCHOETTL.

conditions plus onéreuses⁶⁷⁴. Cette situation permet d'écarter aussi une concurrence entre le *new money* et l'*ancien money* ou *ancient money*. Un tel comportement est applicable dans l'espace OHADA.

En sus, les apporteurs de nouveaux biens ou services, ne sont pas laissés pour compte. Ils bénéficient aussi du même avantage dans la procédure. Et, selon le législateur, « *les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service...* ». Malheureusement, il n'est pas fait mention de la nature du bien ou du service pouvant faire l'objet d'apport. Néanmoins, nous pensons que celle-ci doit être vue de façon large en incluant tout bien corporel ou incorporel. Quant à la question du service, elle est relative à toute prestation fournie au débiteur⁶⁷⁵. Donc, les privilèges de conciliation englobent les privilèges d'*argent frais* et ceux portant sur les autres formes de biens ou services. La question se pose de savoir, s'il suffit de consentir ou de faire son apport pour bénéficier du privilège.

La réponse à cette question est négative, car dit-on, « *la manière de donner vaut mieux que ce que l'on donne* ». Raison pour laquelle, les conditions de cet apport ne se limitent plus au critère chronologique, mais s'étendent aussi à celui téléologique⁶⁷⁶. Le privilégié doit être animé de la volonté d'aider l'entreprise en difficulté. Pour ce faire, son apport est fait dans le sens, non seulement de poursuivre l'activité débitrice, c'est-à-dire permettre sa continuité, mais aussi et surtout, servir d'assurance pour sa pérennité. En d'autres termes, que le service rendu soit la contrepartie de la longévité de l'activité. Par ailleurs, il est difficile de tenir rigueur à cette dernière condition, puisqu'elle relève du facteur temps qui n'est pas du tout facile à maîtriser. D'ailleurs, la doctrine pense que la loi demande seulement que la pérennité de l'entreprise ait animé l'apporteur, notamment, le dispensateur de crédit⁶⁷⁷. Ainsi, la réunion de ces critères, accorde le bénéfice de créancier privilégié de conciliation. Les uns sont appelés privilège « *d'argent frais* » ou « *fresh money* » et les autres, privilège de la conciliation tout court.

Même si la pratique les assimile, les distinguer n'est pas en soi mauvais, parce que, « *mal nommé c'est ajouter aux malheurs du monde* ». Et dans la compréhension humaine, le concept « *d'argent frais* » renvoie à celui d'argent liquide et, dans le cas d'espèce, à celui de somme

⁶⁷⁴ Doc Sénat n°355, in LIENHARD A, La conciliation, Delmas procédures collectives, D. 2017, n°22.43.

⁶⁷⁵ MAMBOKE BIASSALY (L. C.), La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA, Ohadata D-17-14, p. 11.

⁶⁷⁶ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), La procédure de conciliation et le traitement administratif des difficultés, in Cours : Droit des entreprises en difficulté, UNJF, www.unjr.fr, Consulté le 02 févr. 2012, p.15.

⁶⁷⁷ LIENHARD (A.), La conciliation, Delmas procédures collectives, Op cit., n°22.43.

d'argent réellement perçu par le débiteur. En observant la lettre du texte pourvoyeur, le privilège est accordé en référence au prix du bien ou service apporté à l'entreprise. Concrètement, le bénéficiaire de ladite prérogative a fourni un concours non financier. Par conséquent, il n'est pas titulaire du privilège de new money ou d'argent frais, mais plutôt, de privilège de bien ou service frais. Ce qui peut paraître redondant, mais facile à comprendre et n'enlève en rien à leur protection, d'autant plus qu'ils relèvent tous du régime des privilèges de la conciliation tel que souligné.

Les créanciers, dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, subissaient la maltraitance des créances antérieures. Les efforts fournis dans le cadre du redressement du débiteur étaient vains, car, même s'ils en bénéficiaient, les droits de l'apporteur ou du dispensateur de crédit n'étaient pas sérieusement sécurisés, faute de droit de priorité, à l'image de celui introduit par la procédure conciliante.

La priorité de paiement, instituée par le droit OHADA des procédures collectives, est à l'image du droit français, consacré depuis 1985, sous l'appellation de privilège de l'art. 40⁶⁷⁸ et qui a connu des évolutions en 2005, avec une autre dénomination privilège de new money, renforcé par l'ordonnance du 12 mars 2014 avec un domaine plus large couvrant les créances nées lors de la négociation de l'accord conciliant⁶⁷⁹. C'est ainsi qu'en France, le domaine d'application de ces derniers s'est étendu sur toutes les modalités d'apport effectué par une personne dont le but est de concourir à la poursuite et à la pérennité de l'entreprise débitrice. Qu'en est-il en droit OHADA ? A la différence du droit français, certains concours ne sont pas admis comme créances privilégiées de la conciliation. Il est nécessaire de les examiner.

2- Les créanciers non-bénéficiaires du privilège de la conciliation

En application des dispositions de l'art. 5-11 de l'AUPCR, nous pouvons dire que les créanciers qui ont accordé un concours antérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation ne bénéficient pas de privilège. Et cela, même si l'apport a été bénéfique à l'entreprise débitrice. Ceci s'explique clairement, puisque le financement n'entre pas dans le cadre défini par la loi en l'espèce. Quid de la jurisprudence ? Celle-ci l'aborde dans le même sens avec même plus de rigueur. Elle considère que ce statut n'est acquis aux créanciers qui avaient apporté des concours antérieurement à la procédure, quand bien même que le débiteur étant constitué d'un

⁶⁷⁸ A propos des créanciers de l'art. 40, v. Cass. com., 05 févr. 2002, pourvoi n°98-18.018, arrêt n°338 FS-P, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/ Froehlich, D. 2002, Chron. 805, Obs. LIENHARD.

⁶⁷⁹ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. LGDJ, Op cit., n°466.

groupe de sociétés, leurs concours auraient été, dans le cadre de l'accord de conciliation, transféré à d'autres sociétés du groupe que celles auxquelles ils avaient été initialement octroyés⁶⁸⁰. Cette position des juges du fond est soutenable, car elle est purement et simplement légaliste. Les magistrats se sont juste conformés à la législation, en accomplissant leur devoir, celui d'appliquer les textes de loi, conformément au principe de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, il n'était pas aussi moins intéressant d'aborder ce cas, sous le prisme de l'autre société du groupe, bénéficiaire du concours frais.

L'exclusion s'étend aussi à d'autre forme d'aide qui, à notre entendement, devrait être prise en compte, pour la bonne attractivité de ce droit. Il s'agit du sort des apports accordés pendant la période de la négociation, c'est-à-dire avant la conclusion de l'accord de conciliation. Pour répondre à cette préoccupation, intéressons-nous à la position du législateur communautaire africain. Ce dernier, à travers l'utilisation d'une expression dans l'article organisateur des privilèges, a mis à nu la protection des dispensateurs de nouveaux crédits ou de biens ou même de services, ayant été accordés lors de la période la plus importante dans les relations d'affaires, notamment, la période précontractuelle. Il estime qu'« *en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exequaturé par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payés au titre du privilège selon les rangs prévus par les art. 166 et 167*⁶⁸¹... ». Au regard de cette disposition, nous pouvons remarquer que l'apport frais doit être consenti dans l'accord de conciliation et non en dehors de celui-ci. Donc, le crédit ne doit être consenti ni antérieurement, ni postérieurement. L'utilisation de l'expression dans l'accord est discriminatoire entre les créanciers conciliants. Cette politique législative est très critiquée en droit français, car elle est synonyme de distinction entre les biens ou services effectués pendant la période de la conciliation. Ainsi, les personnes de bonne volonté qui ont accordé un nouveau crédit ou bien ou un service lors des pourparlers avant la conclusion de l'accord sont exclues du jeu des privilèges.

Ceci étant, sont exclus aussi les rééchelonnements, réduction des dettes antérieures à l'accord de conciliation et les promesses conditionnelles. Il en résulte une réduction ou restriction du domaine d'application de ces privilèges. La formule suivante est préférable, *les personnes qui*

⁶⁸⁰ Montpellier, 02 févr. 2010, BICC 2010, n°1380 ; JCP E 2010. 1875, Obs. LEBEL.

⁶⁸¹ Art. 5-11 al. 1 de l'AUPCR.

avaient consenti dans le cadre de l'accord ou de la conciliation un nouvel apport en trésorerie au débiteur.

En revanche, l'exclusion s'étend également aux personnes qui ont consenti, dans le cadre de l'augmentation du capital social, un apport de trésorerie, de bien ou de service. Celle-ci est organisée par l'art. 5-11 al. 3 qui dispose que: « *Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur* ». Une façon de barrer la route aux associés ou dirigeants qui entendent bénéficier de cette prérogative en concourant à l'augmentation du capital de l'entreprise. C'est donc, un *vrai faux* apport frais qui peut, en l'absence de diligence, être alloti de privilège de *fresh money*. Cependant, l'associé en question pourrait l'avoir, lorsqu'il consent un Compte-courant d'associé dans l'accord de conciliation.

En outre, *les créanciers du débiteur ne peuvent, en aucun cas, bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture de la conciliation.* Cette position est renforcée par les juges du fond⁶⁸² qui estiment que, dès lors que le concours est fait antérieurement à la procédure de conciliation, le créancier en question ne peut être alloti de cette protection légale.

Cette innovation du législateur, instituée dans le but d'inciter les investisseurs à financer la restructuration des entreprises, constitue, à n'en pas douter, un moyen efficace pour la prévention des difficultés des débiteurs. Cependant, une garantie doit avoir un régime clair, accessible et précis, afin d'assurer le développement du crédit, gage de toute croissance économique.

B- La précision du régime des créances favorisées nées de la conciliation

Avant l'adoption le 10 septembre 2015 de l'AUPC entrée en vigueur le 24 décembre 2015, les créanciers qui avaient consenti un apport au débiteur en difficulté, antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, subissaient le traitement réservé aux créances antérieures, c'est-à-dire, que les personnes qui ont contribué à cet effort de prévention, susceptible d'éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice, ne bénéficiaient pas d'un avantage particulier. Ceci était source de découragement et d'handicap pour le financement des personnes confrontées à des problèmes financiers ou économiques, puisque, n'ayant pas de protection spécifique, les dispensateurs de crédits se résignaient à des aventures ambigües, sans lendemain. Malgré que, le risque est inhérent à l'exercice de leur métier, aucune garantie ne peut assurer la certitude du recouvrement du crédit octroyé. Mais, il est très nécessaire de le diminuer par des

⁶⁸² V. Montpellier, 02 févr. 2010, Op cit.

sûretés rassurantes. Et d'ailleurs, c'est ce qui est à la base de la consécration du nouveau privilège qui instaure une priorité de paiement au profit des créanciers (1), et qui peut, dans certains cas, se révéler inefficace (2).

1- L'instauration d'une priorité de paiement en faveur des créanciers de *fresh money*

Le privilège de l'*argent frais* instauré par le nouveau droit des entreprises en difficulté est un témoignage de la place qu'occupe ce concept dans le monde des affaires et, par conséquent, dans la vie toute entière.

Cet intérêt pour l'argent, se manifeste en pratique, par des dictons tels que : « *l'argent est le nerf de la guerre* », « *l'argent fait le bonheur* » ou « *l'argent ouvre toutes les portes du monde* ». Même s'ils sont controversés, ils restent une vérité pour bon nombre de personnes. D'ailleurs, un grand auteur français affirme que : « *Vous saviez mieux que moi, quels que soient nos efforts, que l'argent est la clef de tous les grands ressorts, et que ce doux métal qui frappe tant de têtes, en amour, comme en guerre, avance les conquêtes*⁶⁸³ ». Cela se comprend aisément, car, dans la société actuelle, sans argent, il n'est pas possible de développer une quelconque activité.

Ce métal précieux est appelé, par une partie des juristes⁶⁸⁴, *créances*. Son importance a poussé le législateur à protéger son octroi, lorsque le débiteur présente des difficultés économiques ou financières. Ainsi, les créances de « *new money* » ou « *argent frais* » qui sont une innovation majeure, mérite une attention particulière, avant de voir celle du conciliateur.

Cette nouveauté s'étend, non seulement aux personnes qui ont accordé un crédit ou une avance, mais aussi aux personnes qui ont fourni un nouveau bien ou service pour assurer la poursuite de l'activité du débiteur. A voir de près, nous avons l'impression que le champ d'action de ces créances se limite à celles nées de l'accord homologué tel que organisé par le droit actuel. Cependant, il doit couvrir également celles de la période de la négociation, afin de rendre plus attractif notre droit des entreprises en difficulté. Et puisque dans le monde des affaires, il ne s'agit pas uniquement de créer ou d'innover, la finalité est aussi d'être payé, parce que le paiement demeure la clef de voûte de toute activité. Donc, la véritable question reste toujours celle du paiement effectif. Autrement dit, est ce que, le titulaire de *new money* bénéficie

⁶⁸³ Molière, *L'Ecole des femmes*, acte I, scène 4, in BONNEAU (T.), Droit bancaire, Paris, Montchrestien, E.J.A, 3^e éd., 1999, p. 1.

⁶⁸⁴ Il s'agit des juristes spécialisés en recouvrement de créances et voies d'exécution. Dans cette discipline l'expression *créance* renvoie en principe à celle de somme d'argent.

réellement d'un règlement intégral de sa créance, en présence d'une procédure de liquidation de son débiteur, face aux autres créanciers ?

En l'espèce, le législateur communautaire nous renseigne qu'*en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à la conclusion d'un accord de conciliation homologué ou exequaturé par la juridiction ou l'autorité compétente, les personnes qui avaient consenti dans l'accord un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payés au titre du privilège selon les rangs prévus par les art. 166 et 167*⁶⁸⁵.... A observer cette disposition, nous constatons que les créanciers bénéficient d'un privilège dont le classement est meilleur par rapport aux autres créanciers. Les articles visés prévoient, respectivement, en matière immobilière et mobilière, un ordre accordant le règlement prioritaire de leur créance. Ainsi, la question de la créance antérieure à l'ouverture d'une procédure collective qui servait de piste à la primauté du désintéressement n'est plus d'actualité, car la date qui constituait une référence pour régler la question, est moins prise en compte. L'accent est mis maintenant sur la qualité de la créance ou son utilité⁶⁸⁶. Et c'est ce qui ressort, des dispositions du nouveau droit des procédures collectives et justifie aussi en partie, l'inégalité entre les créanciers antérieurs. Qu'en est-il en pratique ?

En effet, une jurisprudence française a affirmé qu'en application de cette disposition, le titulaire du concours financier, octroyé antérieurement à l'ouverture de la procédure de conciliation, ne peut bénéficier du privilège⁶⁸⁷. L'analyse à contrario permet de militer, sans se tromper, pour la thèse du paiement prioritaire des créanciers. Cette position des juridictions du fond, même si elle est conforme à la lettre des dispositions, est quand même porteuse de découragement et d'exclusion, parce qu'un débiteur en difficulté peut solliciter un crédit avant d'entamer la procédure de conciliation. Donc, le créancier dispensateur de nouveau bien va voir son sort s'obscurcir, au simple motif qu'il n'a pas accordé l'apport dans la période conciliante. Et d'ailleurs, avec le droit OHADA des procédures collectives de conciliation fortement inspiré de la loi française de 2005 sur la sauvegarde, il ne suffit pas d'effectuer cet apport dans la procédure faudrait-il qu'il soit fait dans l'accord de conciliation.

Cette position législative, confortée par la pratique jurisprudentielle, est bien reçue par la doctrine qui l'a qualifiée même de précaution législative, en affirmant également que celle-ci

⁶⁸⁵ Art. 5-11 al. 1 de l'AUPCR.

⁶⁸⁶ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. LGDJ, n°465.

⁶⁸⁷ Montpellier, 02 fév. 2010, Op cit.

n'a pas pour objet de priver du privilège un nouveau créancier qui aurait avancé au débiteur les fonds nécessaires pour éponger, sans subrogation, une créance antérieure⁶⁸⁸. Nous partageons cette attitude avec réserve, car la même démarche a fait l'objet de vives critiques doctrinales⁶⁸⁹. Et, nous savons aussi qu'en légiférant de la sorte, le législateur fait une limitation du champ d'application de ces privilèges tout en excluant des créances même nées dans la conciliation mais en dehors de l'accord. C'est pourquoi un spécialiste de ce domaine a parlé d'*effets pervers*⁶⁹⁰, pour souligner les insuffisances de la loi de sauvegarde de 2005 des entreprises en France. Du coup, nous ne devons pas être surpris d'une telle attitude en droit OHADA.

En outre, il est important de souligner une autre situation, celle du caractère incitatif de ces privilèges, à travers leur titulaire, d'exiger la mort de l'entreprise débitrice, pour enfin bénéficier l'ordre de paiement prioritaire qui peut se révéler inefficace, face aux titulaires de sûretés réelles conférants un droit de préférence.

2- Le possible écartement du paiement prioritaire des créances de *new money*

« Selon que vous soyez puissant ou misérable, les jugements de la cour vous rendront blanc ou noir⁶⁹¹ ». De même, « selon que vous soyez conciliants ou trop cupides, le nouveau droit des procédures collectives vous favorisera ou vous punira ».

Cette maxime n'est pas toujours facile à réaliser. Il y a des cas où l'octroi de crédit ou d'*argent frais* n'est pas synonyme de paiement prioritaire. Pour bien comprendre ceci, interrogeons-nous sur la nature du privilège qui donne droit au règlement de faveur. Mais avant, qu'est-ce qu'un privilège ? A cette question, le législateur OHADA reste silencieux, tant dans le droit des sûretés que celui des procédures collectives. Il s'est limité à un simple classement de ceux-ci, notamment, en privilèges généraux et spéciaux. A l'inverse, son homologue français nous informe qu'il s'agit d'*un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires*. Ce qu'il faut comprendre, c'est que nous sommes en présence d'une sûreté réelle sans dépossession et, de surcroît, d'origine légale, conformément au principe « pas de privilège sans texte ». Il porte sur un bien ou un ensemble de biens du débiteur et confère au créancier un simple droit de préférence et non un droit irréversible. Par conséquent, le privilège octroie un simple droit de priorité au paiement.

⁶⁸⁸ LIENHARD (A.), La conciliation, Delmas procédures collectives, Op cit., n°22.42.

⁶⁸⁹ LIENHARD (A.), La conciliation, Delmas procédures collectives, Op cit., n°22.44.

⁶⁹⁰ VALLENS (J.-L.), Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises, RTD Com., 2007. 604.

⁶⁹¹ FABLES (1668 à 1694), Livre septième, I, les Animaux malades de la peste de Jean de La Fontaine, Consulté sur www.dicocitations.lemonde.fr, le 02 février 2017.

D'ailleurs, pour pouvoir justifier cette prérogative, faudrait-il que la qualité le prouve, faute de quoi, une quelconque date ne doit pas suffire pour déterminer l'ordre ou le rang dans la répartition du prix des biens de l'entreprise débitrice. Ceci étant, une question s'impose, celle de savoir si cette qualité de la créance est suffisante dans le cas d'espèce ? Nous pensons qu'elle ne l'ait pas car en plus de celle-ci, doit figurer un autre critère, celui de l'utilité de la créance⁶⁹². C'est ce qui nous fait référence à la poursuite et la pérennité de l'activité comme souligné par le législateur. Celui-ci affirme que le nouveau crédit ou bien ou service doit être effectué en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité.

La conséquence de ces critères est connue sur les titulaires de privilèges généraux. Les créanciers vont se voir supplanter par les bénéficiaires de sûretés réelles classiques conventionnelles dans le partage des deniers provenant de la réalisation des biens, au motif que les frais engagés, sont inutiles à la réalisation de la sûreté⁶⁹³. Bien vrai que cette décision a été rendue sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967 organisant le droit des procédures collectives, elle mérite une attention particulière et mérite d'être transposé en droit OHADA, comme consacrant l'efficacité des garanties réelles. En plus, ce comportement jurisprudentiel qui met l'accent sur l'utilité de la créance des organes de la procédure, est extrêmement important, parce qu'il va éviter, en partie, la négligence des organes dans la réalisation de l'actif du débiteur. Et les faits de l'espèce sont amplement suffisants. A titre d'illustration, l'une des procédures avait été engagée, à la suite de l'inertie du syndic, par le créancier hypothécaire afin de se faire payer.

Cette question soulève celle de l'importance de la créance du bénéficiaire des privilèges de l'*argent frais*. Est-ce que cet apport fait dans l'accord de conciliation est bénéfique ou a été utile pour la conservation du bien devant être réalisé ? Nous disons non, puisque le crédit octroyé a pour but d'éviter la liquidation et non servir les opérations de celle-ci. Donc, en aucun cas, nous ne pouvons estimer que cet apport a été effectué dans l'intérêt du gagiste qui est, dans la plus part du cas, assujetti à la procédure collective⁶⁹⁴ ou du créancier hypothécaire et même du nanti, lorsque les biens sont visés par la procédure. En revanche, le critère téléologique, soutenu par bon nombre de praticiens et de théoriciens, ne reçoit pas application pour la simple

⁶⁹² VOINOT (D.), Le sort des créances dans la procédure collective, l'exemple de la créance environnementale RTD Com. 2001, p. 581.

⁶⁹³ CROCQ (P.), Hypothèque, Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutile à la conservation et la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire, Op cit., p. 433.

⁶⁹⁴ JAMES (J. C.), La situation des créanciers gagistes dans les procédures collectives, Th. Dijon, Oct. 1995, p. 23.

raison que la finalité des créances n'entre pas directement dans le cadre de la procédure de liquidation, mais plutôt, vise à éviter celle-ci, tout en encourageant les acteurs du crédit à financer des opérations de sauvegarde des entreprises en difficulté. C'est une façon aussi d'encourager le redressement des débiteurs viables.

Paragraphe II : Le traitement de faveur des créances nées lors du règlement préventif

La prévention est le nerf du Droit des entreprises en difficulté, par opposition au Droit des procédures collectives stricto sensu et de celui du Droit de la faillite, car ce dernier, de même que le premier, visent la protection des créanciers en sanctionnant rigoureusement leur débiteur. Donc l'accent est mis sur le traitement curatif des difficultés de l'entreprise débitrice, au détriment de celui préventif. L'objectif recherché est de punir la mauvaise gestion des dirigeants. Mais, il est avéré que cette dynamique ne sécurise pas le tissu social, garanti par le travail fourni par l'entreprise débitrice. La solution a été de changer de politique, tout en mettant l'accent sur la protection des emplois, gage de la stabilité sociale. C'est dans cette logique que le législateur a instauré une forme d'incitation des investisseurs à investir dans des projets viables. Ainsi, naquirent des privilèges d'*argent frais* (A.) susceptibles d'obtenir un paiement prioritaire (B.) lorsqu'une procédure de liquidation est ouverte à l'encontre de leur débiteur.

A- L'instauration du privilège de *fresh money* au bénéfice desdites créances

Le droit de préférence qui est à l'origine du privilège de *new money* doit prendre forcément sa source dans le concordat préventif (1), c'est-à-dire que c'est un droit doit être consenti dans l'accord du règlement préventif et, avec comme objectif, de permettre la poursuite de l'activité, tout en assurant sa pérennité (2).

1- Le privilège conditionné à l'octroi du bien dans l'accord concordataire préventif

Le privilège est une sûreté réelle exclusivement légale. Il peut aussi être défini comme un droit que la loi donne au créancier, en fonction de la qualité de la créance, d'être préféré aux autres créanciers. Il est conféré en considération de la politique législative. Cependant, à titre de rappel, tout privilège puise son fondement, soit dans la qualité de la créance, jugée par elle-même digne de protection particulière face à une probable insolvabilité du débiteur, soit pour des raisons purement humanitaires, alimentaires notamment, dictées par la prise en compte de la personne du créancier qui conduit à conférer une telle faveur à ce dernier. Enfin, une autre hypothèse est envisageable, celle de procurer au débiteur un crédit renforcé auprès de tiers

contractants potentiels. La question se pose de savoir dans quelle catégorie peut-on arranger le nouveau privilège institué par le nouvel AUPC ? La réponse à cette problématique nous pousse à voir la position du législateur en la matière. Le Droit OHADA des procédures collectives, à travers l'art 11-1 dispose que « *en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens postérieurement à l'homologation du concordat préventif par la juridiction compétente dans les conditions prévues à l'art 15 ci-dessous, les personnes qui avaient consenti dans ce concordat un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les art 166 et 167 ci-dessous.*

Les personnes qui fournissent dans les mêmes conditions, un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service.

Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur.

Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du règlement préventif ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que le législateur africain prend en compte plusieurs critères, parmi lesquels, nous avons celui de la qualité de la créance, de la volonté de procurer au débiteur un crédit renforcé et même de la date de la créance, même si cette dernière est beaucoup critiquée en doctrine et semble ne pas être déterminante dans la qualification actuelle du privilège. Elle constitue une réalité dans le cas d'espèce, car l'apport en question doit être fait avant l'ouverture du traitement collectif des créanciers et, précisément dans l'accord, qui matérialise le règlement préventif. D'ailleurs, c'est la condition première de l'octroi de ce privilège dans la procédure. Ce qui fait que nous pouvons le qualifier de *privilège antérieur*, par opposition au *privilège postérieur*.

Ceci étant, la jurisprudence française aborde dans le même sens⁶⁹⁵, en considérant que le bien en question doit être consenti dans l'accord préventif. Une telle démarche est souhaitable en droit OHADA.

Cependant, cette politique législative est restrictive et discriminatoire des créanciers. La première hypothèse renvoie au champ ou au domaine d'application des privilèges qui devrait

⁶⁹⁵ Montpellier, 02 fév. 2010, Op cit.

tenir compte de toutes les créances ou tout bien consenti ou promis dans le cadre du règlement préventif, en prenant en compte la période antérieure et postérieure à la conclusion du concordat.

Au regard du droit des sûretés, ce type de privilège est spécifique, parce que relevant d'un texte spécifique, institué par une autre discipline, en l'occurrence, le droit des entreprises en difficulté. A première vue, nous osons douter de sa nature de sûreté, car les privilèges ont été introduits, après la réforme du droit des garanties, intervenue en 2010. Ce qui fait que ce droit ne nomme pas explicitement ledit privilège. Donc, une prochaine relecture de ce droit devrait inclure ce nouveau privilège de *new money*.

La méthode de protection des créanciers qui ont pris le risque d'investir dans une entreprise en difficulté consiste, à n'en pas douter, une meilleure technique d'incitation des investisseurs vers l'espace OHADA. Pour ce faire le titulaire de cette garantie devrait, en plus de l'exigence de stipulation du crédit ou bien dans le concordat préventif, remplir un autre critère celui de la finalité de l'apport convenu.

2- Le privilège conditionné à la finalité de l'apport convenu dans le concordat préventif

Le privilège est un mécanisme ancien qui remonte à l'époque du Code civil de 1804. De cette date à nos jours, nous assistons à une évolution, sans précédent de celui-ci, au point qu'une partie de la doctrine a estimé que, *les privilèges pullulent et donnent une impression de pagaie*⁶⁹⁶. Cette situation est d'autant plus vraie qu'on assiste aujourd'hui à une nouvelle consécration de privilèges appelés privilèges de *fresh money* ou d'*argent frais*. Mais, il faut reconnaître que les caractéristiques de cette sûreté sont nombreuses. Il s'agit entre autres de : l'origine légale et non conventionnelle pour être conforme au principe « pas de privilège sans texte », un droit de préférence, l'absence de dépossession du débiteur, quant aux biens constituant l'assiette de cette sûreté, l'absence de droit de suite et la qualité de la créance qui semblent être plus déterminantes en pratique. L'avant dernier critère n'est pas absolu en France, car il recouvre des privilèges immobiliers spéciaux sur lesquels peuvent être exercé le droit de suite. Par définition, les privilèges sont des droits réels qui emportent droit de préférence et droit de suite sur un immeuble et permettent ainsi de saisir l'immeuble en quelques mains qu'il

⁶⁹⁶ SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), Les sûretés, la publicité foncière, Précis Dalloz, 3^{ème} éd., 2000, n°614, in MARTIN-SERF (A.), L'article 40 (C. com., art L 621-32) a institué une simple priorité de paiement et non un privilège au sens de l'article 2095 du C. civ., RTD Com. 2002, p.542.

se trouve⁶⁹⁷. Cependant, en droit OHADA, ces privilèges ont été transformés en hypothèques forcées légales et cela, depuis les décrets fonciers de l'époque coloniale⁶⁹⁸.

En résumé, nous pouvons retenir deux critères qui sont essentiels, notamment, légal et la qualité de la créance. Malheureusement, le dernier qui est capital, souffre de définition. En effet, la qualité de la créance tant évoquée, n'a pas fait l'objet de détermination ou de précision. Le législateur n'y fait pas allusion dans ses dispositions, de même que la pratique. Les juges de la Cour régulatrice, dans un Arrêt, se sont contentés de l'évoquer pour faire droit à la décision des juges du fond⁶⁹⁹.

Un nouvel apport en trésorerie au débiteur est nécessaire, en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité.

B- L'instauration d'une priorité légale de paiement desdites créances

Avec la réforme du droit des entreprises en difficulté, le législateur a institué des privilèges pouvant protéger certains créanciers qui ne peuvent bénéficier des garanties conventionnelles, au regard du statut de leur débiteur, qui est souvent assisté ou remplacé à la tête de l'entreprise. Il s'agit des privilèges de la procédure, à l'image de ceux du droit français des procédures collectives. Ils sont répartis en considération de l'état du débiteur. C'est cette qualité du créancier qui lui vaut un traitement de faveur, celui prioritaire par rapport aux autres (1). Malheureusement, ces créanciers sont obligés d'attendre la mort de leur débiteur pour voir cette faveur se concrétiser. Sa mise en jeu est souvent confrontée à des difficultés ou handicaps (2).

1- La mise en jeu de la priorité de paiement

Les titulaires de sûretés réelles conventionnelles sont malmenés dans les procédures collectives pour des raisons qui sont connues de tous les spécialistes de ce droit. Sans être exhaustif, il s'agit de l'application des principes sacro-saints inhérents à cette discipline tels que la suspension des poursuites individuelles et celle de l'interdiction du paiement des créanciers antérieurs. Et ceci est d'autant plus vrai, lorsque nous faisons allusion aux titulaires de sûretés conventionnelles classiques. C'est dans ce cadre que leur paiement est entaché, lorsqu'ils sont en conflit avec les bénéficiaires de garanties légales, en l'occurrence, les privilèges généraux.

⁶⁹⁷ Art 2374 à 2461 du C. civ.

⁶⁹⁸ ISSA-SAYEGH (J.), Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd., 2016, p.947.

⁶⁹⁹ Com. 05 févr. 2002, Pourvoi n°98-18.018, Arrêt n°338 FS-P, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine C/ Froehlich, D. 2002, p. 805.

Malgré que ces derniers ne soient pas toujours les meilleurs dans cette lutte⁷⁰⁰, ils demeurent majoritairement à la tête de ce combat.

Le législateur africain, à l'image de son homologue français, a consacré la priorité de paiement dans les arts 166 et 167 de l'AUPCR qui traitent, respectivement le domaine immobilier et mobilier. Le premier nous informe en ces termes, « *les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :*

1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ;

2°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;

3°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4°) aux créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et aux créanciers séparatistes inscrits dans le délai légal chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ;

5°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, à savoir, aux créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité suivant l'ordre établi par l'article 180 de cet acte uniforme ;

7°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire ;

8°) aux créanciers chirographaires non munis de titre exécutoire ; En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 5°, 6°, 7° et 8° du présent article venant à rang égal, ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ». Au regard de cette disposition, nous constatons que la primauté est accordée aux bénéficiaires des nouveaux privilèges dans le cadre des procédures collectives, indépendamment de la nature de la procédure, c'est-à-dire que la garantie peut naître au moment d'une procédure préventive ou curative. En revanche, les locataires de ces nouvelles pratiques, instaurées pour booster la prévention et le traitement de

⁷⁰⁰ Les privilèges ne sont pas toujours des garanties reines car ils peuvent être primés par les titulaires de droit exclusif. Peu important que celui-ci soit la conséquence d'une sûreté à cet effet ou le résultat d'un droit exclusif attaché à une garantie réelle classique.

la maladie des entreprises, ne peuvent les mettre en œuvre que lorsque la mort du débiteur est imminente. C'est ce qui résulte de la lettre de l'article.

Et, le second qui traite la matière mobilière, notamment, l'art 167 de l'AUPCR dispose en ces termes, « *Sans préjudice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :*

1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ;

2°) aux créanciers des frais de justice engagé pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix ;

3°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;

4°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

5°) aux créanciers garanties par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;

7°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

8°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'acte uniforme portant organisation des sûretés ;

9°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire ;

10°) aux créanciers chirographaires non munis de titre exécutoire. En cas d'insuffisance des deniers pour désintéresser totalement les créanciers de l'une des catégories désignées aux 1°, 2°, 3°, 4°, 7°, 8° et 9° du présent article venant à rang égal. Ceux-ci concourent aux répartitions dans la proportion de leurs créances totales, au marc le franc ». Cet article, de même que le premier⁷⁰¹, institue une primauté des créances de l'argent frais. Sauf qu'en matière mobilière, une limitation est apportée à cet avantage. C'est le cas des titulaires d'un droit exclusif au paiement. Le droit de rétention et la sûreté-propriété qui ne sont consacrés que dans le domaine

⁷⁰¹ C'est-à-dire l'art 166 de l'AUPCR.

mobilier, par opposition au droit français, constituent un véritable obstacle à l'exercice de cette priorité dans les procédures collectives de liquidation.

Qu'en est-il du conflit opposant le privilège de la procédure acquis lors d'un règlement préventif à un titulaire de sûreté classique conventionnelle ? Ce problème, malgré qu'il ait été résolu théoriquement et largement en faveur des premiers, la pratique demeure une terre de conflits⁷⁰². Tantôt, la jurisprudence penche du côté des privilèges, tantôt du côté des sûretés conventionnelles. Cependant, concrètement est-ce que le bénéficiaire du *fresh money* peut être payé, prioritairement sur la réalisation d'un bien grevé d'une garantie contractuelle, telle que le gage, le nantissement et l'hypothèque ? La réponse à cette question impose une démarche binaire, en conformité avec la division des biens en meubles et immeubles.

En l'espèce, la nature du privilège recommande de faire une revue de tous les biens du débiteur, puisqu'il s'agit d'un privilège pleinement général qui s'étend donc sur l'ensemble des biens de l'entreprise débitrice, en conformité avec le principe de la saisissabilité⁷⁰³. Cependant, en droit de l'exécution, la priorité est donnée à la réalisation des biens meubles et les immeubles ne viennent qu'en cas d'insuffisance des fruits provenant des premiers.

Les droits des créanciers s'assimilent aux frais de justice et à ceux des organes de la procédure. Or, dans ce cas, une jurisprudence constante leur accordait la priorité de paiement, en arguant le principe de la primauté des créances de la masse contre celles dans la masse, détenues par les créanciers antérieurs, à l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, c'est la date de naissance de la créance qui faisait le terreau de ces créanciers postérieurs pour accéder au désintéressement par préférence aux autres. Malheureusement, de nos jours, cette pratique est révolue laissant place à un critère appelé « téléologique » qui, en pratique, a permis au titulaire de sûreté classique, notamment le créancier hypothécaire, de primer les émoluments du liquidateur.

Les frais de justice qui sont garantis par les privilèges généraux venaient de sonner leur glas face au bénéficiaire d'une garantie réelle classique conventionnelle. Même si cette décision a vu le jour sous l'empire de la loi française de 1985, elle ne demeure pas moins importante, car elle participe au renforcement du régime des sûretés réelles classiques conventionnelles et met

⁷⁰² ROUSSEL GALLE (P.), Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontre, Op cit.

⁷⁰³ Sur ce principe, v. SAWADOGO (F. M.), La question de la saisissabilité et l'insaisissabilité des biens des entreprises publiques en droit OHADA, Pénant 860, p. 305.

un frein à la lenteur et à la négligence des organes dans l'exercice de leur mission. Une telle solution est souhaitable et est transposable en droit OHADA.

La décision des juges du fond a fait l'objet de censure par la cour régulatrice, au motif que la créance du liquidateur doit être payée avant la créance hypothécaire, non pas au titre des frais de justice, mais en tant que créancier postérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective⁷⁰⁴. Cette position de la haute juridiction, même si elle est critiquable parce qu'elle se focalise sur un critère subjectif, celui de la postériorité de la créance, qui n'est plus déterminant pour l'obtention du paiement prioritaire, elle est à saluer, car conforme au rang de paiement actuel des procédures collectives OHADA et même françaises. Mais, il faut reconnaître que la primauté des créanciers de la procédure de règlement préventif n'est pas exempte de difficultés et d'handicaps.

2- Les handicaps de la mise en jeu de la priorité de paiement

La question du paiement demeure essentielle dans les procédures collectives dans lesquelles des préférences ont été accordées à certaines personnes pour leur service rendu. De cette situation découlent les privilèges qui permettent un traitement préférentiel et prioritaire des bénéficiaires. La priorité du paiement devient ainsi une arme de convoitise dans la « mort et la maladie des entreprises ». Cela se comprend aisément d'autant plus que payer devient une chimère. La finalité n'est plus de payer mais de stopper le paiement afin de soigner, pour ensuite faire face aux impayés. Donc, au premier rang figure la protection de l'emploi afin de maintenir l'activité. C'est ce qui justifie l'institution par le législateur, à l'image de son homologue français du *privilège d'antériorité*, par opposition au *privilège de postériorité* et qui est même dérogoire au principe « *prior tempore, potior jure* ».

La priorité de paiement est accordée à ceux qui ont pris des risques. Malheureusement, ils doivent attendre le pire pour pouvoir prétendre à la mise en œuvre de leur préférence, la fin de l'entreprise. Le premier obstacle auquel ils sont confrontés est de tomber sur un actif restant déjà grevé. Il serait toujours préférable pour eux, que cet actif soit assorti de sûretés préférentielles, par opposition aux sûretés exclusives qui créent une apparence d'actif au bénéfice du débiteur défaillant, alors que ce dernier n'est qu'un simple possesseur des biens. Donc, dans cette hypothèse, impossible pour le créancier privilégié d'actionner sa sûreté et

⁷⁰⁴ HONORAT (A.), Paiement préférentiel des émoluments du liquidateur par priorité sur la vente d'un immeuble hypothéqué, D. 1998, p. 327.

obtenir satisfaction. Ce dernier se contentera du sort réservé au pêcheur qui pêche dans un marigot sec.

En présence du premier lot de créanciers, détenteurs de droit de préférence, le titulaire de new money ou de celui qui a apporté un bien différent de l'argent frais ou de service, peut obtenir gain de cause, après avoir produit sa créance à la procédure de son débiteur. Cela se comprend facilement, car la préférence accordée au nouveau privilège prime celle de la sûreté conventionnelle classique, en l'occurrence, le gagiste, le nanti et le créancier hypothécaire qui peuvent aussi actionner leur droit exclusif, lors de la réalisation desdites garanties. Ils peuvent le faire en mettant en jeu leur pacte commissaire, d'autant plus qu'aucune restriction ne vise cette pratique, en période de liquidation des biens. Et d'ailleurs, une partie de la doctrine soutient cette thèse et affirme que l'efficacité de l'attribution conventionnelle est limitée partiellement et ne concerne que la procédure de règlement préventif⁷⁰⁵. Il ne sert à rien aussi de ruiner une garantie, lorsqu'on assiste aux funérailles du débiteur : une position légaliste prévue par l'art 75 de l'AUPCR qui ne contient aucune disposition analogue à celle de l'art 9 al. 2 de ce même droit.

En outre, la prise en compte, souvent par la pratique, du critère téléologique risque de servir de frein à la mise en œuvre de la priorité des créances privilégiées non conventionnelles en cas de conflit avec celles conventionnelles. Néanmoins, la théorie de la finalité reste un moyen déterminant dans le classement des créanciers en matière de procédures collectives. Celle-ci, de même que l'utilité de la créance, permettent à leur bénéficiaire d'obtenir un traitement favorable, corollaire d'une priorité du paiement.

Section II : En raison de l'utilité de la créance

Du droit de la faillite au droit des entreprises en difficulté en passant par celui des procédures collectives, cette discipline a véritablement connu des évolutions. Chacune de ses appellations visait un objectif, un but bien déterminé. Le premier ne voyait que la punition du débiteur, le second la protection des créanciers et le dernier celle du débiteur. Donc, comme conséquence, nous sommes passés du châtiment de l'entreprise débitrice à sa protection. Et pour ce faire, le droit des procédures collectives a envisagé des actes tels que le maintien des emplois et d'autres contrats, notamment, celui du bail à usage professionnel et de fourniture. Tous ceux-ci participent à la survie de l'activité. Dans cette dynamique, les salariés qui ne sont que les

⁷⁰⁵ CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, La modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.62.

ouvriers de cette œuvre laborieuse ne doivent pas subir le même traitement que le patron ou dirigeant, lorsque l'entreprise est en difficulté, parce que de façon générale, celle-ci est due à la mauvaise gestion ou de l'incompétence des chefs d'entreprises ou des employeurs. Raison pour laquelle, les employés sont protégés à l'ouverture des procédures collectives par un privilège renforcé (Para I) de même que les personnes qui ont apporté des soins afin de préserver les biens du débiteur (Para II).

Paragraphe I : Les créanciers de salaires super privilégiés

Le privilège accordé à l'employé n'est pas ex nihilo. Il découle de certaines considérations, parmi lesquelles, nous retenons deux essentielles. Il s'agit d'une part, du fait que le salarié ne profite pas des bénéfices générés par l'entreprise. Donc, il ne doit pas supporter les risques liés à l'insolvabilité de celle-ci. D'ailleurs, cette situation se comprend aisément, car le rapport entre employeur et employé est sous-tendu par une inégalité, une sorte de fatalité qui rejaillit sur le sort des travailleurs⁷⁰⁶. Et d'autre part, le législateur prend en compte le caractère alimentaire accentué⁷⁰⁷ du salaire, fruit de la contrepartie de la prestation fournie, qui sert à couvrir les frais d'aliments. Cependant, dans le cadre d'une procédure collective, le droit de préférence qui est reconnu au travailleur, à travers son privilège, est renforcé et même doublé. C'est ce qui vaut l'appellation « superprivilèges » des salaires. Ce statut qui a été institué par l'art 95⁷⁰⁸ de l'AUPCR apporte une nette amélioration dans le traitement des créanciers qui permet aux superprivilèges des salariés de primer les garanties réelles classiques contractuelles (A.) et de leur assurer une garantie de paiement (B.).

A- L'introduction d'une priorité du paiement des superprivilèges de salaire

Le souci de protection du salarié exprimé par le législateur OHADA remonte depuis l'avènement de ce droit. Mais, de façon générale, le privilège de l'employé découle des préceptes hérités des révolutionnaires français de 1789 qui ont inscrit, au centre de leur lutte, la prohibition de l'exploitation de l'homme par l'homme ou par une minorité de personnes antérieurement prévue par la charte de Kurukan Fouga de 1235 au Mandé. C'est ce qui justifie, en partie, la consécration de ce privilège, composé de deux autres, notamment le privilège

⁷⁰⁶ GNAHOUI R. -D.), L'intérêt de l'entreprise et des droits des salariés, Ohadata D-04-31.

⁷⁰⁷ KANTE (A.), Droit social sénégalais, « Droit du travail, Droit de la protection sociale », L'Harmattan-Sénégal, 2017, p.77.

⁷⁰⁸ Cet article dispose que « les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage sont garanties, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, par le superprivilège des salaires ».

général et le superprivilège, prévu par le Code civil de 1804⁷⁰⁹. Le dernier est exclusivement réservé au droit des procédures collectives stricto sensu, en l'occurrence, les procédures curatives, par opposition à celles préventives. Il a été institué afin d'améliorer l'efficacité du privilège du salarié⁷¹⁰. Cet avantage permet au salarié d'avoir un droit prioritaire de paiement (1) qui peut s'effectuer sur des biens grevés ou non (2).

1- Le paiement prioritaire effectué sur les produits des biens non grevés du débiteur

La priorité du paiement s'analyse, n'ont pas à l'égard de tous les créanciers, mais seulement de ceux munis de sûretés réelles classiques, parce que, de prime abord, l'idée de priorité met en exergue celle de concours et de celui qui occupe le devant. Or, dans le cas d'espèce, le classement ou le rang n'est prévu que dans la procédure de liquidation des biens et par les dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPCR, respectivement en matière immobilière et mobilière. Ces articles mettent les superprivilèges des salaires au rang trois et quatre. Ceux-ci sont automatiquement suivis par les bénéficiaires de sûretés spéciales classiques et au regard de ce classement, nous constatons qu'ils sont primés par d'autres créanciers. Une façon pour le législateur de ce droit d'éradiquer la tension et le conflit qui peuvent résulter du partage des fruits de la réalisation de l'actif du débiteur défaillant.

En plus, l'art 96 de l'AUPC dispose qu' « au plus tard dans les dix jours qui suivent la décision d'ouverture et sur simple décision du juge-commissaire le syndic paie toutes les créances superprivilégiées des travailleurs sous déduction des acomptes déjà perçus... ». Cette disposition instaure un principe, celui du paiement décennal qui constitue également une garantie pour le paiement de la rémunération de toute nature due au cours des douze mois précédant l'ouverture de la procédure collective, dans la limite de la quotité incompressible et insaisissable du salaire, conformément aux dispositions nationales du travail. Ainsi, la préservation de cette quotité devient une urgence⁷¹¹.

Par ailleurs, une précision du terme superprivilège est importante pour la résolution du conflit pouvant opposer les employés aux titulaires de sûretés spéciales, lorsqu'ils doivent être désintéressés sur la réalisation d'un bien grevé. *Le superprivilège est un privilège renforcé qui,*

⁷⁰⁹ Art 2101 du Code civil français de 1804. Cet article octroyait un privilège général au bénéfice des créances salariales.

⁷¹⁰ V. Rép. Trav, v. Salaire (Paiement), n°171.

⁷¹¹ ISSA-SAYEGH (J.), Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté Droit OHADA, Ohadata D-09-41, p.13.

*ayant priorité sur les autres privilèges, garantit à son bénéficiaire le droit d'être payé en premier au moins pour une partie de sa créance. Analysé sur le terrain du droit de la maladie des entreprises, il renvoie au nom donné au droit pour les travailleurs d'une entreprise qui a cessé ses paiements, d'obtenir le règlement, nonobstant l'existence de toute autre créance, et sur les premiers fonds disponibles, de leurs derniers salaires dans la limite d'un plafond*⁷¹².

En pratique, cette priorité du paiement est largement consacrée, puisque tous les moyens sont mis en œuvre pour y parvenir. C'est le cas, en France, du désintéressement fait par l'AGS qui serait par la suite subrogé dans les droits du salarié. En droit OHADA, les juges du fond⁷¹³, au regard du principe du paiement dans les dix jours, avaient ordonné le paiement des créances salariales, objet de cette garantie. Bien vrai que cette décision n'a pas pu prospérer, parce qu'ayant fait l'objet de censure par les juges de la cour régulatrice, au motif que ces créances ont un caractère chirographaire, en application des dispositions de l'art 107-3 de l'AUS initial qui est le pendant de celui 180-3 actuel. D'ailleurs, cette position des juges du fond est une confirmation de la jurisprudence antérieure⁷¹⁴ et les créances assimilables doivent également en bénéficier⁷¹⁵. L'attitude des magistrats du fond est un témoignage éloquent de l'application du principe du paiement prioritaire des créances, lorsqu'elles sont conformes à la loi. En France, une pléthore de décisions⁷¹⁶ milite dans le même sens.

La doctrine apporte une précision de la priorité de paiement des salariés superprivilégiés qui renvoie au droit qu'ont les salariés d'obtenir le paiement dans les dix jours de l'ouverture de la procédure⁷¹⁷. Mais, la notion de priorité s'étend aussi au classement prévu par les dispositions des articles 166 et 167 de l'AUPC révisé, car, en l'espèce, ils sont les seuls prévus spécifiquement pour régler le conflit pouvant résulter du partage des biens réalisés, lors de la liquidation des biens. En plus du paiement fait sur la base des biens non grevés, le salarié peut obtenir satisfaction sur le fruit de la cession d'un bien grevé.

⁷¹² CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit, v. Superprivilège.

⁷¹³ C. A Dakar, arrêt n°372 du 19 mai 2009, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd. 2012, p. 1230.

⁷¹⁴ TRHC de Dakar, Ordonnance n°549/2003 du 09 mai 2003, Ohadata J-05-137 ; Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Ohadata J-05-105.

⁷¹⁵ TGI Noun (Cameroun), Ordonnance du 20-02-2009 aff. N. D. c/ SEFN, Note Y. KALIEU, Ohadata J-09-241, in OHADA, Code pratique, Traité, Actes uniformes e règlements annotés, éd. FRANCIS LEFEBVRE0 2016, p. 657.

⁷¹⁶ Cass com. 6 juill. 1993, n° 91-14.269, Bull. civ. IV, n° 285 ; D. 1993, p. 530, note M. RAMACKERS ; RTD civ. 1994. 358, obs. J. MESTRE; RTD com. 1994. 124, obs. A. MARTIN-SERF; JCP E 1993. I. 298, obs. M. CABRILLAC ; Cass. soc., 21 janv. 2014, n°12-18421, D. 2014, p. 270, Obs. A LIENHARD.

⁷¹⁷ KALIEU ELONGO (Y. R.), Le Droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p. 124.

2- Le paiement prioritaire effectué sur les produits des biens grevés du débiteur

Les produits de la réalisation d'un bien assorti de sûreté spéciale peuvent servir pour désintéresser les employés d'une entreprise en liquidation. Cette situation s'explique par la protection spécifique accordée aux salariés. Ils bénéficient d'un privilège qui porte sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers du débiteur défaillant. Ce privilège, pleinement général du travailleur, s'exerce sur la créance salariale antérieure et postérieure à la procédure collective. La première est soumise au privilège-antérieur et la seconde au privilège-postérieur. Leur différence de traitement réside dans le bénéfice du paiement à l'échéance. Cette faveur est accordée à la seconde catégorie. Entre ces deux, est né un autre, appelé « superprivilège » dont l'expression signifie le privilège qui est au-dessus des autres. Il est rangé dans la catégorie des créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective.

Le nouvel acte uniforme définit en son art 1-3 les superprivilèges des salaires comme, « *les rémunérations de toute nature, quelle que soit leur appellation, qui, dans la limite de la fraction insaisissable définie par les lois et règlements de chaque Etat partie, sont dues aux travailleurs et apprentis au titre des douze (12) mois de travail précédent la décision d'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire et de liquidation des biens* ». Le législateur, à travers cette disposition, nous renseigne sur le domaine de ces créances qui s'étendent aux indemnités et même aux créances assimilables. La nature de la rémunération n'a pas été précisée. Ainsi, toutes celles découlant d'un contrat de travail y compris d'apprentissage sont visées. Néanmoins, la jurisprudence a tendance à occulter les rémunérations qui découlent d'un contrat de travail temporaire.

Le paiement des créances salariales sur le produit de la réalisation de la chose grevée s'effectue sans problème majeur, car les aliments superprivilégiés sont couverts par une priorité légale de paiement, instituée par les dispositions des arts 166 et 167 de l'AUPC. Cependant, la répartition doit être faite en conformité avec ces dispositions⁷¹⁸. En plus, le répartiteur doit forcément être le juge-commissaire et le non le syndic, tout en tenant compte de l'avertissement des créanciers et du caractère excessif des honoraires du syndic⁷¹⁹. L'ordre de distribution ne fait aucun défaut. Elle est même facilitée par les hypothécaires par une remise partielle de leur créance⁷²⁰. Le

⁷¹⁸ TRHC de Dakar, Ordonnance n°38, du 11 -07-2003, aff. SDE (Société Sénégalaise des Eaux), Sté FERMON LABO, Sté EAGLE SECURITE, CSS (Compagnie Sucrière Sénégalaise), et E. G., C/ I. N., Ohadata J-09-329.

⁷¹⁹ TRH de Dakar, Ord. N°138, 11 -03-2005, Aff. SNR (Société Nationale de Recouvrement) C/ SONADIS, Ohadata J-09-326.

⁷²⁰ TRHC Dakar, Ordonnance du juge-commissaire n°549 du 09-05-2003, Ohadata J-05-137.

superprivilégié est, à cet effet, payé avant le titulaire de sûreté spéciale conventionnelle classique, car le premier prime le second.

La primauté des super privilèges sur les sûretés spéciales classiques souffre de certains problèmes en matière mobilière, parce qu'en droit OHADA, la garantie spéciale mobilière peut bénéficier d'un droit de rétention encore appelé « droit exclusif ». Tel n'est pas le cas en matière immobilière. Donc, le gagiste ou le nanti rétenteur ne pourrait se voir primer par le superprivilège. Ceci s'explique par le principe du retrait contre paiement, corollaire de l'exclusivité du paiement, dont bénéficie le titulaire de cette garantie. Ainsi, le superprivilège ne prime que les sûretés mobilières dépourvues de cette prérogative et non celles qui sont alloti, d'un droit qui les met hors du concours. C'est ce qui découle de la formule législative « *sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement*⁷²¹ ».

La protection du salarié ou de l'employé dans les procédures collectives ne se limite pas à une priorité de paiement. Elle se traduit aussi par l'introduction d'une garantie au paiement de ces créanciers.

B- L'introduction d'une garantie du paiement des super privilèges de salaire

La garantie de paiement signifie, d'une part, que le paiement de la fraction garantie s'effectue sur les premières rentrées de fonds (1) et, d'autre part, que les personnes qui ont acquitté ces sommes, en cas d'insuffisance des fonds de l'entreprise débitrice, bénéficient de la subrogation légale dans les droits des salariés payés (2).

1- Le bénéfice du paiement sur les premières rentrées de fonds

Rappelons que le paiement demeure la clé de voûte de toute activité. Et d'ailleurs, en matière d'affaires, il ne s'agit pas d'innover ou d'améliorer les textes, la finalité, c'est d'être payé. Cet intérêt pour le paiement ne fait aucun doute en pratique. Il se matérialise par des « slogans » que nous rencontrons affichés à la porte de certains magasins dans des supermarchés et même dans certains centres commerciaux. Nous pouvons lire sur ces affiches « Payer comptant » ou « Pas de dette ». A la lumière de ces expressions tirées de la pratique commerciale et qui témoignent l'importance de ce mécanisme, nous allons nous interroger sur la stratégie mise en place par le droit OHADA des procédures collectives afin de rassurer le travailleur sur le paiement de sa créance alimentaire super privilégiée.

⁷²¹ V. art 167 de l'AUPCR.

L'art 96 al. 2 précise qu'« au cas où il n'aura pas les fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance, nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessus ». A la lecture de cette disposition, nous pensons que le législateur africain vient de valider la thèse d'une priorité absolue, en faveur des créances superprivilégiées. Cette situation risque de bouleverser l'ordre légal de paiement en matière de liquidation des biens.

La priorité est dite absolue lorsqu'elle est irréversible. Cette suprématie des créances alimentaires assujetties à ce mode de règlement est un témoignage de l'humanisation des procédures. Les valeurs de solidarité et d'entraide ont atteint un niveau sans précédent en droit des entreprises en difficulté. Une lecture combinée de certains articles nous permet de mettre en exergue cet absolutisme.

En effet, les articles 166 et 167 placent respectivement les créances salariales superprivilégiées au troisième et quatrième rang après les privilèges de « *fresh money*⁷²² » qui occupent le premier rang, les créances des frais de justice engagées pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix qui occupent le deuxième rang suivies des créances de salaires superprivilégiées en matière immobilière. Lorsqu'il s'agit des biens mobiliers, les superprivilèges occupent la quatrième place, derrière les créanciers conservateurs qui bénéficient du troisième rang. En principe, et au regard de ces dispositions, la créance salariale, peu importe sa nature, ne peut faire l'objet d'un règlement prioritaire dans le concours opposant tous les créanciers du débiteur. Mais, une protection spécifique a été consacrée par le législateur dans l'art 96 al. 2 de l'AUPCR avec l'utilisation de l'expression « nonobstant les dispositions des articles 166 et 167 ci-dessus ». C'est dire qu'en l'absence de paiement dans les dix jours suivant l'ouverture de la procédure, ces derniers sont payés sur les premiers fonds rentrant, sans tenir compte du classement ou de l'ordre de distribution légal. Cette situation vient confirmer que cet ordre de règlement des créances n'est pas irréversible et peut être renversé, selon les circonstances et en fonction des objectifs fixés. Cet état de fait peut aboutir souvent à l'incohérence du régime applicable et même à une position divergente en pratique, synonyme de bouleversement du rang ou de l'ordre de classement.

⁷²² Le *fresh money* est une appellation issue de la pratique anglo-saxonne. Il désigne l'*argent frais*. Il a vu son entrée en droit français à travers la réforme de 2005 sur la sauvegarde des entreprises et en droit OHADA avec la réforme de 2015 portant sur le droit des entreprises en difficulté.

Le bouleversement désigne littéralement l'action de renverser⁷²³. Appliqué dans le cas d'espèce, il fait allusion au renversement des priorités de paiement dans la procédure collective de liquidation des biens. Ce qui fait que souvent le paiement est le fruit d'une bonne négociation et non d'un rang ou d'un ordre à suivre. Raison pour laquelle des créances chirographaires ont pu obtenir un paiement prioritaire de même que des titulaires de sûretés spéciales conventionnelles et, de surcroît, classiques⁷²⁴. Certains de créanciers ont vu leur garantie instrumentalisée⁷²⁵. Les privilèges qui déterminent les règles de priorité ou le classement des créanciers sont contestés⁷²⁶. C'est cette situation qui mine le droit de priorité de paiement des créanciers en droit français des procédures collectives. Un tel phénomène pourrait se produire et est à craindre en droit OHADA. Et, pour renforcer davantage la protection des droits du salarié superprivilégié, un système de subrogation est instauré à titre attractif et incitatif en faveur des personnes qui auront payé des créances alimentaires.

2- La subrogation personnelle, un outil au service de la garantie du paiement

L'art 96 poursuit un mouvement de fond et dispose en son dernier alinéa que « Le syndic ou toute autre personne ou un organisme prenant en charge tout ou partie des salaires en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, si un tel organisme existe dans l'Etat partie concerné, qui a fait une avance permettant de payer les créances résultant du contrat de travail ou du contrat d'apprentissage, est subrogé dans les droits des travailleurs et doit être remboursé, dès la rentrée des fonds nécessaires, sans qu'aucune autre créance puisse y faire obstacle ». Les dispositions de cet alinéa permettent aux personnes physiques ou morales de bénéficier des superprivilèges en compensation de leur acte. Ces personnes apportent de l'argent frais à l'entreprise débitrice. Même si ce bien ne vise pas le sauvetage de l'activité, son fournisseur doit pouvoir bénéficier du privilège de l'argent frais, au même titre que les bénéficiaires des dispositions des articles 5-11, 11-1 et 33-1, parce que, tous les deux ont pris des risques de même nature.

En France, il existe des organismes qui prennent en charge tout ou partie des salaires dénommés « AGS⁷²⁷ ». Ils visent à garantir les salariés contre l'insolvabilité de l'employeur dans les

⁷²³ Le Grand Robert de la langue française, v. Bouleversement.

⁷²⁴ CROCQ (P.), Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation de la primauté du créancier hypothécaire, Op cit.

⁷²⁵ LUCAS (Fr. -X.), L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, Op cit., p.02 et s.

⁷²⁶ LIENHARD (A.), Le « privilège de procédure » n'est pas un privilège, Op. cit. ; V. CROCQ (P.), Le fameux « privilège de l'article 40 » n'en est pas un ! Op. cit.

⁷²⁷ AGS (Association pour la garantie des salaires ou Assurance générale des salaires).

procédures collectives⁷²⁸. Cependant, leur garantie ne s'étend pas aux sommes dues par les sociétés d'assurances soumises, en liquidation, à leurs employés⁷²⁹. De même en droit OHADA, l'appui peut venir du Trésor ou d'une autre personne, qu'elle soit publique ou privée, physique ou morale. Dans les mêmes conditions ces personnes bénéficient de la subrogation, après règlement de la créance de salaire superprivilégié. Et lorsqu'ils sont en concurrence avec les créanciers hypothécaires, dans le cadre des procédures collectives, ils priment ces derniers, conformément au droit du classement. Cette primauté de l'AGS dans la distribution des biens découlant de la réalisation de l'actif du débiteur défaillant est partagée par la doctrine⁷³⁰. Elle répond au souci de solidarisme et d'entraide en droit des entreprises en difficulté.

Paragraphe II : Les créanciers de la conservation des biens du débiteur

La conservation est un mécanisme. Elle se définit comme étant l'*action de conserver, de maintenir intact ou dans le même état*. Elle est synonyme d'*entretien, de garde, de maintien, de préservation, de protection, de sauvegarde*. Par exemple, nous avons la conservation d'un droit, d'un privilège ou d'une réputation⁷³¹. Techniquement, elle désigne l'opération juridique ou matérielle destinée à assurer la sauvegarde d'un droit, d'une chose, d'un patrimoine. Et pour la conservation de ses droits, un créancier peut faire opposition à un partage, une tierce opposition à un jugement et même utiliser une mesure conservatoire⁷³². Mais, dans le cas d'espèce, il s'agit des frais ou prestation utilisés pour la sauvegarde d'un bien. C'est l'accomplissement de cet acte salutaire qui vaut la protection légale, c'est-à-dire l'octroi du privilège (A) gage du paiement prioritaire (B).

A- Le privilège de la conservation des biens du débiteur

Le conservateur, d'une part, peut utiliser son argent ou son crédit pour préserver le bien (1). Et d'autre part, il peut mettre en œuvre son travail, notamment sa force physique et intellectuelle pour y parvenir (2).

⁷²⁸ Cass. Soc., 09-03-2004, Bull. civ. V, n°74, Act. Proc. Coll. 2004, comm. 124, Obs. FIN-LANGER (L.) ; v. Rép. soc., v. Entreprises en difficulté (Salariés), n°194-228.

⁷²⁹ Cass. Soc., 13-09-2005, JCP éd. S 2006 ; 1400, note MORVAN (P.).

⁷³⁰ LIENHARD (A.), Liquidation judiciaire : paiement prioritaire des créanciers privilégiés et subrogation de l'AGS, D. actu., 13 juin 2014 ; v. LE CORRE (P. -M.), Pour une clarification du traitement des créances de remboursement des avances de l'AGS, D. 2014, Chron. 378.

⁷³¹ Le Grand Robert de la langue française, v. Conservation.

⁷³² CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Conservation.

1- Le privilège attaché aux frais exposés pour la conservation du bien

La notion de frais engagés dans la conservation du bien doit être précisée. La réponse à cette question nous amène à poser la question de savoir quelles sont les dépenses susceptibles d'être qualifiées de privilège de la conservation. Est-ce que ce sont celles qui empêchent le péril du bien ou celles qui sont de nature à créer une richesse dans le patrimoine du débiteur. Le Droit OHADA nous renseigne que « *celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble*⁷³³ ». La brièveté de cette disposition laisse croire qu'une interprétation extensive est prohibée. Donc, deux concepts sont à circonscrire, la disparition et la sauvegarde. Les frais en question doivent nécessairement concourir dans ce sens.

Le premier renvoie à l'état d'une chose qui n'est plus visible. Il signifie également l'action de disparaître en cessant d'exister. C'est le cas de la mort, de la suppression ou la perte de la chose. L'argent déboursé par le créancier doit servir d'éviter la perte du bien. Le domaine de la conservation est limité au bien meuble, indifféremment de sa nature corporelle ou incorporelle. Quant au second, il s'analyse par rapport à l'usage du bien ou son utilité dans l'activité du débiteur.

Force est de constater que, les frais engagés peuvent porter sur la souscription d'une assurance, sur le paiement des frais de gardiennage et aux soins matériels apportés à la chose, c'est-à-dire au meuble indifféremment de sa nature.

En effet, la conservation est ce qui empêche la chose de périr, par exemple, la dispense de soins à un animal ou le paiement de droits de douane permettant l'embarquement d'une marchandise périssable. La doctrine considère même que l'esprit conservateur n'est pas celui de la modernisation. De ce fait, elle n'est ni la création, ni l'amélioration, ni la réparation. Raison pour laquelle, la jurisprudence française affirme que ce privilège ne peut être octroyé à celui qui a fait naître une créance dans le patrimoine du débiteur⁷³⁴. Elle exclut aussi les améliorations n'ayant pas pour objet d'empêcher la perte de la chose⁷³⁵. Il en va de même du remplacement portant sur un élément du bien conservé. C'est le cas d'une pièce cassée d'une automobile. Ce

⁷³³ Art 189 de l'AUS.

⁷³⁴ Cass. Com. 27 oct. 1965, Bull. civ. III, n°535 in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°603.

⁷³⁵ Cass. Com. 08 mars 1961, Bull. civ. III, n°195 in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Ibid., n°603.

remplacement ne donne droit au privilège que lorsqu'il est nécessaire et urgent⁷³⁶. Ainsi, il a été jugé que le remplacement du moteur d'un camion donne droit au privilège parce qu'indispensable⁷³⁷ à son fonctionnement. Cette démarche des magistrats français peut constituer une source d'inspiration pour leurs homologues de l'espace OHADA.

Le privilège de la conservation est respecté en pratique africaine. Le syndic répartiteur, après autorisation du juge commissaire, procède à la distribution des deniers, en déduisant les frais de justice et ceux de la conservation⁷³⁸ du bien. Cependant, le privilège doit porter sur des meubles déterminés individuellement. Tel n'est pas le cas de l'ensemble des animaux possédés à un moment donné par un éleveur de porcs dont le cheptel, comme en l'espèce, peut très rapidement s'accroître ou au contraire, diminuer. Les juges du fond, par cette occasion, ont qualifié la créance de chirographaire⁷³⁹.

En outre, le privilège n'est pas seulement l'apanage des frais. Le créancier peut utiliser son travail afin d'obtenir les prérogatives de conservateur.

2- Le privilège attaché à la prestation effectuée pour la conservation du bien

La prestation est le travail effectué par le créancier en vue d'éviter la disparition du bien ou sa sauvegarde. Elle s'effectue par le travail du gardien de la chose, la réfection, l'aménagement supposant l'achat de pièces ou de matériels et le paiement éventuel d'une main d'œuvre.

Le concept de frais pris dans son sens large, renferme l'ensemble des dépenses de remboursement y compris les rémunérations des services accomplis par le créancier. Par contre, une lecture restrictive des frais, se limite uniquement aux dépenses effectuées par le créancier et qui doivent faire l'objet de remboursement. Donc, ici, il ne serait question que des rémunérations résultant d'un travail bien déterminé. Une question pertinente était en jeu tout récemment. Elle a opposé le liquidateur au bailleur revendicateur. Il était question de la personne qui devait supporter la charge découlant de la conservation des biens pouvant faire l'objet de restitution. Les faits de l'espèce étaient simples. Un bailleur avait donné en location quatre véhicules à une société mise ultérieurement en redressement, puis en liquidation. Le juge

⁷³⁶ Cass. Com., 16 mai 1966, Bull. civ. III, n°254 in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°603.

⁷³⁷ Cass. Com. 12 janv. 1988, Bull. civ. IV, n°23 in AYNES (L.) et CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°603.

⁷³⁸ TRHC Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Op cit.

⁷³⁹ C. A Rouen le 11 déc. 1997 in CODE PRATIQUE, OHADA, Traité, Actes uniformes et Règlements annotés, éd. FRANCIS LEFEBVRE, 2016, p.1719.

commissaire, après avoir fait droit à la demande de revendication, a affirmé que les dépenses d'enlèvement et de gardiennage seront à la charge du bailleur. Chose qui a été largement partagée par les juges du fond, au motif que les frais occasionnés par les mesures de sauvegarde ont été exposés dans l'intérêt du bailleur. Cette décision a été censurée par la Cour de cassation, au motif qu'il incombe au liquidateur l'exécution d'une obligation légale qui fait obstacle à toute gestion affaires⁷⁴⁰ du liquidateur comme allégué par les juges du fond. Ainsi, les juges de la haute juridiction nous informent par cette position que tous les frais ou dépenses, furent-ils de sauvegarde, ne bénéficient pas du privilège de conservation.

Que dire de la caution dont l'acte a permis de sauvegarder l'activité du débiteur. Ce dernier ne va pas en bénéficier, parce qu'il s'agit d'un privilège spécial qui doit forcément porter sur un bien déterminé et non l'ensemble des biens. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle du sauvetage d'un marché par la fourniture d'une caution. Ce dernier, bénéficie du statut de privilège de conservateur et du paiement prioritaire par rapport aux titulaires de sûretés spécifiques classiques.

B. La priorité du paiement des conservateurs des biens du débiteur

La priorité est une qualité, celle de passer en premier. Appliquée au paiement, elle devient le droit d'être désintéressé avant les autres, c'est-à-dire d'être payé avant les autres créanciers et généralement dans le concours. Le conservateur est celui qui, par son apport financier ou matériel ou par son travail, a empêché la disparition, la perte, le péril et même la sauvegarde du bien. Cet état de fait permet de créer un lien d'obligation unissant une personne, le créancier et l'autre, le débiteur. Le sujet actif ne peut se prévaloir de son statut, qu'en accomplissant un acte ou un fait utile, permettant d'éviter la dégradation ou la perte totale ou partielle de la chose, objet de la conservation. C'est seulement dans cette hypothèse qu'il peut se prévaloir de la priorité de paiement sur le fruit de la réalisation du bien.

L'utilité de la conservation est tributaire de la qualité de conservateur. Il serait intéressant de préciser son domaine, à travers sa définition. Pour ce faire, la doctrine, en abordant dans le même sens que le législateur, nous informe qu'*est considéré comme un conservateur celui qui, par les frais qu'il a exposés ou les prestations qu'il a effectuées relativement à une chose, a*

⁷⁴⁰ Cass. Com. 13 janv. 2015, n°13-11.550, D. 2015 p.207 ; MARTIN-SERF (A.), Mesures conservatoires prises pour garantir l'exercice effectif du droit à revendication. Charge des frais d'enlèvement et gardiennage du bien revendiqué. Application de la règle de la gestion d'affaires (non), RTD Com. 2015, p.592 ; RTD Civ. 2015, p.444 Obs. CROCQ (P.) ; JCP E. 2015, 1204, n°10, Obs. PETEL (Ph.).

*sauvé celle-ci de la disparition (totale ou partielle) ou a sauvegardé l'usage auquel cette chose était destinée par sa nature même*⁷⁴¹.

Peu importe que les dépenses ou frais soient engagés avec ou sans le consentement du débiteur. L'essentiel est qu'ils profitent au débiteur, c'est-à-dire qu'ils soient effectués dans l'intérêt de l'entreprise débitrice. Il en va de même pour la fourniture de la prestation. Donc, la préservation et la sauvegarde constituent les maîtres mots de l'utilité de la conservation. La jurisprudence parle d'empêcher la perte de la chose⁷⁴². Cette position peut être déduite facilement des dispositions de l'art 189 de l'AUS et est largement conforme à l'idée d'éviter la disparition de la chose. Et, quelle que soit la modalité d'utilisation des frais ou de la prestation du créancier, ceux-ci doivent être faits dans l'intérêt du débiteur. Mais, il faut que ces frais ou prestations, évaluables en argent, aient eu simplement pour but, d'éviter la disparition totale ou partielle de la chose ou de préserver son usage et non d'accroître sa valeur ou son rendement. Le créancier, pour bénéficier de ce privilège, doit établir que son apport a servi à la conservation du bien.

De prime abord, les difficultés de cerner la notion de conservation amène toujours le commentateur à faire la distinction entre les personnes qui sont susceptibles d'être sujettes. La complexité n'est pas sans impact sur le privilège à acquérir. Par fidélité à la démarche législative, ce droit peut être envisagé du point de vue physique ou économique. Ainsi, la preuve de l'importance des impenses et des prestations fournies diffère selon l'hypothèse vécue.

D'une part, la thèse physique renvoie aux dépenses sans lesquelles le bien eût péri partiellement ou totalement. La rigueur du droit des procédures collectives nécessite que les frais soient déterminants pour faire l'objet de remboursement, car, il ne sert à rien d'augmenter le passif du débiteur et de diminuer la chance des titulaires de biens grevés d'être désintéressés. Raison pour laquelle, la jurisprudence a adopté une interprétation stricte de la conservation. Elle affirme que l'ensemble de l'actif du débiteur ne peut être considéré comme la « chose conservée », de même, les honoraires d'un avocat qui estime avoir pu, par son intervention, obtenir la diminution de la condamnation pécuniaire du débiteur. Par la même occasion, ce statut a été refusé à l'établissement bancaire qui a consenti des crédits, au motif qu'il n'a pas établi que les fonds prêtés ont servi à la conservation d'un bien déterminé⁷⁴³. L'expression servir à la

⁷⁴¹ ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, note sous l'art. 189 de l'AUS.

⁷⁴² Cass. Com, 08 mars 1961, Op cit.

⁷⁴³ Cass. Civ., 30-01- 1939, DH 1939. 161 ; RTD Civ. 1939, p.512, Obs. SOLUS (H.) ; BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op cit., n°986.

conservation sous-entend éviter le péril ou la sauvegarde à l'usage duquel la chose était destinée.

D'autre part, la thèse économique s'étend au cas où l'absence d'impenses rendrait impropre l'utilisation de la chose, c'est-à-dire, aux interventions sans lesquelles le bien en question aurait cessé de remplir sa fonction⁷⁴⁴. C'est le cas du remplacement du moteur d'un camion jugé indispensable pour le fonctionnement du véhicule. A cet effet, la jurisprudence retient l'usage générique de la chose, terme commun à tous biens de même genre ou modèle (la navigation pour un navire) et non spécifique (la pêche pour un navire). Cependant, nous pouvons reprocher à cette position jurisprudentielle d'être moins protectrice du débiteur en difficulté, car une entreprise de pêche aurait plus à gagner avec un bateau construit à cette fin qu'avec celui qui a une tâche générale de navigation.

Il a été jugé aussi comme ne faisant pas partie de ces privilèges, les titulaires de frais engagés pour l'exploitation de la chose. Il en va de même aux impenses de nature à améliorer ou accroître la valeur de l'exploitation. La situation qui consiste à établir une nuance entre la conservation et les cas illustrés, peut paraître délicate, même si elle protège le débiteur et est conforme à la lettre de l'article 189. Ce fut le cas des frais engagés pour accroître la sécurité d'un bien. En l'espèce, la cour régulatrice en France, a reconnu le bénéfice du privilège du conservateur à des installations de radio de guidage sur des chalutiers, au motif que celles-ci contribuaient à la sécurité des navires⁷⁴⁵, parce que les derniers emportent sur le premier. Néanmoins, le contraire n'est pas possible. Donc, il faut que l'apport consenti soit de nature à éviter la disparition ou la sauvegarde de la chose afin que son titulaire puisse mettre en jeu la priorité de paiement.

Le paiement occupe une place très importante dans le monde des affaires. Raison pour laquelle l'attitude du rétenteur, bien que nuisible, paraît très efficace pour obtenir paiement, c'est-à-dire, « paie moi, car, si tu ne me paies pas, je ne te restituerai pas ». Cette technique est qualifiée de gaspillage et de contreproductive par une partie de la doctrine mais soutenable comme bonne démarche afin de contraindre le débiteur à payer.

D'ailleurs, l'importance du paiement est, en partie, à la base de l'influence des sûretés, puisque, le législateur ne sachant pas quels sont les acteurs qui doivent bénéficier la protection ou bien

⁷⁴⁴ Cass Com., 12-01-1988, Bull. civ. IV, n°23.

⁷⁴⁵ Cass. Com., 09-10-1984, Bull. civ. IV, n°259 ; BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Ibid., n°987.

quels sont les dispensateurs des crédits qui n'ont pas pu trouver une garantie sûre, faute de l'incohérence de leur régime, et obligés de faire recours à des pratiques qui seront plus tard consacrées en droit des sûretés. Donc, le choix de la personne à protéger est indispensable, même s'il paraît délicat. C'est ainsi que certains créanciers vont se voir à l'abri du concours et, d'autres, prioritaires dans cette épreuve. Ces derniers vont bénéficier, en considération de leur créance, des privilèges leur permettant d'obtenir un paiement avant les autres créances, c'est-à-dire par préférence. Le cas du bailleur, du vendeur et du conservateur en sont une parfaite illustration. C'est ce dernier qui nous intéresse dans cette partie.

La priorité de paiement du conservateur prend sa source dans les dispositions de l'art 189 de l'AUS qui dispose que « celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble ». Cependant, cet article ne suffit pas pour mettre en mouvement le jeu de la priorité de paiement en présence d'un débiteur *in bonnis*. Il faut nécessairement faire recours à l'art 226-2° qui place le conservateur au deuxième rang, après les frais de justice et cela, en l'absence de titulaire de droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement. Et, lorsque le débiteur est en cessation des paiements, le droit réformé des procédures collectives en tenant compte de cette innovation en droit des sûretés a reconduit la même formule à l'art 167 de l'AUPCR. Malheureusement, de nouveaux privilèges ont été introduits afin d'inciter l'investissement dans les entreprises viables. Ces privilèges dits de « *new money* » ont vu leur entrée dans la course. Ainsi, les conservateurs ont occupé la troisième place après respectivement, les *new money* et les frais de justice. Donc, leur priorité s'analyse à l'égard des créanciers financiers, en l'occurrence, ceux titulaires de sûretés conventionnelles spécifiques, parce que le paiement doit se faire sur le produit de la réalisation du bien grevé. Cette sûreté appartient à un créancier appelé « créancier antérieur », par opposition à celui dont la créance est née après l'ouverture de la procédure curative.

*L'intervention du conservateur permet aux créanciers antérieurs de voir un élément de leur gage général préservé ; c'est pourquoi, le privilège du conservateur prime les créances de ces créanciers antérieurs*⁷⁴⁶. Cette préférence des créanciers conservateurs est compréhensive et largement partagée par la pratique. C'est ce qui découle de l'ordonnance de distribution en date du 15 nov. 2001⁷⁴⁷. Nous pouvons en déduire que le conflit entre le privilège mobilier spécial

⁷⁴⁶ ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés in OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, note sous l'art. 189 de l'AUS.

⁷⁴⁷ TRHC Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001, Op cit.

et la sûreté mobilière conventionnelle est réglé. Le conservateur est préféré au nanti sur matériel d'équipement professionnel pour les frais postérieurs à la constitution de ce nantissement⁷⁴⁸, de même pour le gagiste. La question se pose de savoir si le droit préférentiel attaché aux frais engagés pour la conservation d'une chose est absolu ? Avant de répondre, rappelons que ce privilège qui est à la base de la priorité de paiement du conservateur n'est pas à confondre avec ceux découlant de la constitution d'un gage tacite (privilège du bailleur) ou de l'introduction d'une valeur dans le patrimoine du débiteur (privilège du vendeur de meuble). La jurisprudence y fait fréquemment recours pour admettre cette sûreté.

Certes, la garantie est efficace et permet à son bénéficiaire d'obtenir un paiement effectif. Mais elle est loin d'être absolue, puisque le nanti de même que le gagiste peuvent mettre en jeu leur droit exclusif. C'est le cas du gage réel. Ce dernier a un droit de rétention. Donc, si la créance de la conservation est antérieure à celle du gagiste, le titulaire de sûreté conventionnelle primera celui de sûreté légale et cela, même dans la procédure de liquidation, car le droit du rétenteur se reporte en cas de vente du bien sur son prix. Et même mieux, conformément aux dispositions de l'art 167 de l'AUPCR, les créanciers munis d'un droit exclusif sont placés hors concours. D'ailleurs, la doctrine accorde les prérogatives du rétenteur au gage constitué avec dépossession réelle ou fictive⁷⁴⁹. Ceci étant, force est de constater qu'en l'absence d'un droit toxique ou exclusif, le conservateur est payé avant la garantie contractuelle traditionnelle, mais à condition que la chose puisse être identifiée comme celle ayant bénéficié des frais de la conservation⁷⁵⁰. En outre, la primauté de paiement des créanciers privilégiés par rapport aux garants conventionnels n'est pas seulement l'apanage des privilégiés antérieurs mais aussi de ceux postérieurs.

⁷⁴⁸ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op cit., n°1006.

⁷⁴⁹ SAWADOGO (F. -M.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, note sous l'art 167, p. 1298.

⁷⁵⁰ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op cit., n°988.

Chapitre II : La primauté des créanciers postérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles

Les créanciers dont le droit est né postérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective ont toujours bénéficié d'un traitement de faveur qui résulte d'une tradition, qui peut être qualifiée *d'un traitement évangélique*, c'est-à-dire *les premiers seront les derniers*, par rapport aux créanciers antérieurs⁷⁵¹. Ceci étant, les créanciers postérieurs bénéficient d'un droit de priorité au paiement qui est destiné, non seulement au financement de l'activité de l'entreprise pendant la période de traitement des difficultés, mais également de faire fonctionner la procédure collective et d'assurer la préservation des actifs du débiteur au profit de tous les créanciers⁷⁵². Ils sont également appelés créanciers de la masse ou contre la masse⁷⁵³. L'apport fourni par ces dispensateurs de crédits est très important. Il permet de préserver l'activité de l'entreprise en apportant de nouvelles richesses. Ainsi, pour encourager la créativité et assurer la pérennité des entreprises viables, une bonne protection des acteurs de la réalisation de ces œuvres était nécessaire. C'est pourquoi, une place de choix leur est réservée dans le paiement, compte tenu de la finalité (Section I) ou de l'utilité de leur créance (Section II).

Section I : En raison de la finalité de la créance

Les personnes qui ont contribué à l'effort de reconstruction d'une entreprise bénéficient d'un droit de priorité qui est matérialisé par l'octroi de privilège. Les créanciers dont la créance est née postérieurement à l'ouverture de la procédure ont un droit supérieur à celui de ceux dont les créances sont nées antérieurement. Cette suprématie est tout à fait justifiée, parce que, leur participation est nécessaire au maintien et au redressement de l'activité du débiteur. La ligne matrice de distinction entre ces créanciers se situe à la date de naissance de la créance qui doit forcément être postérieure. Cette date, bien que controversée⁷⁵⁴, reste déterminante pour qualifier certaines personnes de créanciers postérieurs pouvant bénéficier des avantages des créances de la procédure. Ce critère, notamment chronologique, est complété par celui téléologique. Cette couverture législative n'est allouée qu'à certaines catégories de créanciers postérieurs. Parmi lesquels figurent ceux ayant effectué un apport frais, lors du redressement

⁷⁵¹ ROUSSEL GALLE (Ph.), Les privilèges de procédure, Cahiers de droit de l'entreprise n°04, Op cit., p.01.

⁷⁵² COQUELET (M. -L.), Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 181.

⁷⁵³ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Thèse, Nice, 2013, n°25.

⁷⁵⁴ THOMASSIN (N.), La date de naissance des créances contractuelles, RTD Com. 2007, p. 655 ; v. VOINOT (D.), Le sort des créances dans la procédure collective, L'exemple de la créance environnementale, RTD Com. 2001, p. 581.

judiciaire (Paragraphe I) ou ceux dont les contrats ont été maintenus dans le cadre de cette procédure (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les créanciers de new money lors du redressement judiciaire

Avant la réforme du Droit des entreprises en difficulté, les personnes qui avaient pris le risque de l'octroi de crédit ou de bien pour sauver le débiteur en cessation des paiements voyaient leur sort s'obscurcir. Ils subissaient le sort des créances postérieures avec une incertitude d'être payés sur le produit de la réalisation d'un bien, en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens, car il ne suffit pas d'être créancier postérieur pour prétendre à un paiement privilégié ou prioritaire⁷⁵⁵. Pour prendre en compte cette situation et renforcer l'attractivité du droit OHADA des procédures collectives, des privilèges ont été institués en vue de faciliter le financement des projets porteurs et viables. Ces nouveaux privilèges sont appelés, « privilèges de new money ». Ils se caractérisent par leur multiplicité. Les uns sont nés avant la cessation des paiements, les autres après. Ce sont ces derniers qui nous intéressent dans cette analyse. Leur régime mérite d'être précisé (B) pour éviter tout amalgame avec les autres créanciers postérieurs. Mais avant, interrogeons-nous sur leur domaine (A).

A- Le domaine du privilège de new money en redressement judiciaire

L'un des artisans de la survie de l'entreprise en difficulté, le *fresh money* mérite une considération particulière lorsque l'objectif visé est atteint, en l'occurrence la sauvegarde du débiteur. Mais, souvent, la volonté de sauver et le résultat de cette intention peuvent être opposés. Donc, le nouveau bien fourni, afin de solutionner la maladie du débiteur peut être inefficace, car, au regard de la concurrence et de l'évolution du marché, il est souvent très difficile de prescrire une ordonnance pouvant parvenir à la guérison du débiteur. De ce fait, il n'est pas intéressant de conditionner la protection du dispensateur du nouveau bien à une issue favorable de son acte. C'est ce qui explique l'institution d'un privilège, en France, en faveur des créanciers dont le législateur OHADA s'inspire.

Ce privilège, d'inspiration française de la loi de 2005, relative à la sauvegarde des entreprises, n'est mise en œuvre que dans le cadre de la liquidation des biens. Donc, le titulaire d'argent frais ne peut mettre en jeu son privilège que lorsque la mort du débiteur est imminente et certaine. Ce qui peut être à la base des liquidations provoquées, puisque le créancier, sachant que son sort est mieux protégé dans la liquidation, va exiger du débiteur l'ouverture de cette

⁷⁵⁵ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, LGDJ, 2015, 9^{ème} éd., n°465.

procédure afin de bénéficier d'un traitement prioritaire⁷⁵⁶. Le titulaire de la garantie est un créancier postérieur à l'ouverture de la procédure collective. Mais, la notion de créancier postérieur est tellement complexe et controversée fait que certaines créances postérieures ne sont privilégiées à fortiori d'occuper le premier rang comme l'a le privilège de l'agent frais (1). Ainsi, le champ d'application de cette garantie mérite d'être précisé afin d'éviter la confusion (2).

1- Les créanciers bénéficiaires du privilège de fresh money

Le texte d'éclairage dispose que, « *En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon le rang prévu par les articles 166 et 167 ci-dessous.*

*Les personnes qui fournissent un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité bénéficient du même privilège pour le prix de ce bien ou de ce service...*⁷⁵⁷ ». Cette disposition porte en elle des conditions. Il s'agit d'une part, des conditions relatives aux biens et, d'autre part, celles relatives à l'activité du débiteur.

En ce qui concerne les premières, notamment les biens fournis, leur nature n'a pas fait l'objet de détermination ou de précision. Ce qui fait que tous les biens sont admis, qu'ils soient meubles ou immeubles, corporels ou incorporels, fongibles ou non. L'essentiel est que le bien soit utile à l'entreprise et que sa valeur soit déterminée ou déterminable. Donc, toute chose peut faire l'objet d'affectation à cette fin, à condition d'être appropriable, car, en l'absence d'appropriation, ladite chose est impropre à tout acte de disposition. Cependant, avec la diversité ou complexité des opérations contractuelles, conséquence de la désacralisation de la propriété et du souci de satisfaire toutes les demandes de l'entreprise avec le maximum de profit, il n'est plus nécessaire d'avoir un droit absolu sur un bien pour pouvoir l'utiliser. C'est le cas de la sous-location dans laquelle le sous-locataire peut bénéficier du privilège.

L'absence de précision de la nature du bien pouvant faire l'objet de cette opération n'enlève en rien à la qualité législative, parce que, la thèse contraire allait faire couler plus d'encre et soulever plus de problèmes. La complexité du Droit des biens, corollaire de l'évolution de la

⁷⁵⁶ VALLENS (J. -L.), Les effets pervers de la loi de sauvegarde des entreprises, Op cit., p.604.

⁷⁵⁷ Art 33-1 de l'AUPCR.

société, interdit toute restriction du domaine du bien pouvant faire l'objet d'opération juridique, à fortiori, contractuelle. Le contrat étant le vecteur du monde des affaires et la locomotive des entreprises, restreindre le champ des biens serait synonyme de restriction du monde contractuel, donc, de disparition de beaucoup d'activités. Or, l'un des défis de l'OHADA est la croissance, car « *L'OHADA est un outil juridique imaginé et réalisé par l'Afrique pour servir l'intégration économique et la croissance*⁷⁵⁸ ».

Et en ce qui concerne les secondes, en l'occurrence, les conditions relatives à l'activité du débiteur, l'apport effectué par le créancier doit servir à sauver l'entreprise en assurant sa poursuite et sa pérennité. Deux critères sont à respecter scrupuleusement. Il s'agit de la poursuite et de la pérennité. La notion de poursuite sous-entend la continuité, le maintien de l'activité. Celle de pérennité renvoie au temporel, c'est-à-dire la durée du maintien, Pendant le temps durant lequel l'activité doit demeurer. Pour cela, il faut que l'entreprise survive pendant plusieurs années après le traitement curatif de redressement. Le temps minimum n'est pas déterminé avec exactitude. Mais, nous savons que la pérennité est l'état, le caractère de ce qui dure et toujours. Elle est synonyme aussi d'éternité, de perpétuité, de continuité et même d'immortalité⁷⁵⁹. Cette dernière condition peut donner à la garantie, des effets pervers, à l'image de ceux attachés à la loi française de sauvegarde des entreprises⁷⁶⁰. Mais, il suffit seulement que le dispensateur de ce crédit ait l'intention dans ce sens pour être privilégié. La pratique fait une interprétation restrictive du domaine des créances privilégiées au sens du privilège de l'argent frais, parce que seules les créances utiles au maintien de l'activité sont prises en compte⁷⁶¹. Cette position jurisprudentielle est soutenable, car elle reste fidèle à la lettre des dispositions organisant cette garantie.

En outre, il s'y ajoute que la personne de bonne volonté qui souhaite bénéficier le fresh money doit agir à temps et savoir le faire, c'est-à-dire, viser la période du redressement judiciaire et consentir cet apport de trésorerie dans le concordat de redressement. A défaut, elle se verrait exclue du champ d'application de cette garantie.

⁷⁵⁸ MBAYE (K.), L'histoire et les objectifs de l'OHADA, P.A., Op cit., p.04.

⁷⁵⁹ Le Grand Robert de la langue française, v. Pérennité.

⁷⁶⁰ VALLENS (J. -L.), Les effets pervers de la loi de sauvegarde des entreprises, Op cit., p.604.

⁷⁶¹ ROUSSEL GALLE (Ph.), Les privilèges de procédure, Cahiers de droit de l'entreprise n°04, Op cit., p.04.

2- Les créances non bénéficiaires du privilège de fresh money

Le législateur poursuit un mouvement de fond, et précise dans l'art 33-1 alinéa 3 et 4 que « *Cette disposition ne s'applique pas aux apports consentis dans le cadre d'une augmentation du capital social du débiteur.* »

Les créanciers du débiteur ne peuvent en aucun cas bénéficier de ce privilège pour des créances nées antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire ». Cette disposition est édifiante. Elle fait la lumière sur certaines personnes qui ne peuvent pas se prévaloir du bénéfice de cette sûreté. Deux types de personnes sont visés. Il s'agit de ceux qui agissent dans le cadre d'une augmentation du capital social et les créanciers antérieurs du débiteur défaillant.

Le traitement des difficultés d'une entreprise peut se faire de plusieurs manières, parmi lesquelles figure la sollicitation des associés ou de tierces personnes en vue d'agrandir le capital social, gage des chirographaires. Cette pratique est très usitée dans le cadre de financement de la société, car, du point de vue économique, le capital social est naturellement un instrument de financement de la société. Il présente d'ailleurs l'avantage primordial, au regard des autres modes de financement tel que l'emprunt, de ne pouvoir être remboursé par la société, qu'au moment de sa dissolution et donc de se maintenir tout au long de la vie sociale. Et les fonds en question constituent des fonds propres de la société⁷⁶². Ce sont les fournisseurs de ces fonds qui sont dépourvus des avantages de new money. Ceci se comprend aisément, parce qu'en contrepartie de cet apport, la société ou l'entreprise donne à l'apporteur des titres.

En plus de ces personnes, qui sont considérées comme étant des associés en puissance, le créancier dont la créance est née antérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne bénéficie pas du privilège de l'argent frais prévu dans le redressement judiciaire, puisque la notion de créancier antérieur ne fait plus foi, en termes d'octroi de privilège de la procédure. Vous pouvez bel et bien être privilégié, indifféremment de la date ou du critère chronologique de la créance. Néanmoins, le texte précise que les créances du débiteur nées antérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire ne font pas partie du domaine de ce privilège. La jurisprudence française aborde dans le même sens. Elle affirme que le régime de faveur institué au profit des créanciers postérieurs ne bénéficie aux créances de loyer ou de bail qu'à condition d'être antérieures à l'ouverture de la procédure⁷⁶³. D'ailleurs, cette situation est à la base de

⁷⁶² Rép. Société, v. Capital social, n°14.

⁷⁶³ ROUSSEL GALLE (Ph.), Les privilèges de procédure, Cahiers de droit de l'entreprise n°04, Op cit., p.04 ; v. COQUELET (M. – L.), Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 181 ;

l'instrumentalisation des sûretés réelles⁷⁶⁴. Sont aussi exclus le simple fait d'accorder un délai en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de l'activité de l'entreprise⁷⁶⁵.

Ne font pas partie également du champ du privilège de l'argent frais, tous les apports consentis en dehors du concordat de redressement judiciaire. Dans ce cas, quel sort peut-on réserver à celui qui a consenti antérieurement mais qui a exécuté son obligation au moment de la conclusion du concordat. Est-ce que cette personne peut être considérée comme ayant fourni un nouveau bien ou apport à l'entreprise débitrice ? Evidemment non, car le nouvel apport de trésorerie n'a pas été consenti in concordat. Cependant, la qualité de privilégié y est, parce que l'apport est fait régulièrement et avec l'intention d'assurer la poursuite et la pérennité de l'activité. Raison pour laquelle, il est souhaitable de remplacer l'expression « dans le concordat » à celle de « pendant le concordat » ou d'une autre formule plus simple, celle de supprimer purement et simplement le terme concordat. Ainsi, nous aurions la formule suivante : « En cas de conversion d'une procédure de redressement judiciaire en liquidation des biens, les personnes qui avaient consenti dans le redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise débitrice et sa pérennité sont payées au titre du privilège selon les rangs prévus par les arts 166 et 167 ci-dessous... ». Ceci étant, le droit du privilège de new money, dans son domaine d'application reste, un droit à revoir. Néanmoins, la satisfaction de son bénéficiaire réside dans le paiement intégral de son dû. Et comme il est coutume de le dire *rien ne sert de courir, il faut arriver à point*, donc corrélativement, rien ne sert d'être barbé de garanties sans obtenir paiement de sa créance. C'est le rôle du régime.

B- Le régime du privilège de new money en redressement judiciaire

De prime abord, il est à souligner que les privilégiés de l'argent frais ne sont pas assujettis aux vicissitudes des procédures collectives. Ils font exception au principe de suspension et d'interdiction de paiements des créanciers antérieurs. Donc, en cas d'impayés, ils pourront user de toutes les poursuites que leur offre le droit commun. Cette faveur⁷⁶⁶ est élargie à tous les créanciers postérieurs privilégiés, parce qu'en principe, toutes les créances sont effectuées pour restaurer la santé de l'entreprise. Et d'ailleurs, une partie de la doctrine⁷⁶⁷ affirme qu'ils sont

ROUSSEL GALLE (Ph.) et VALLENS (J. -L.), Le paiement dans les procédures collectives in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, L'Harmattan, Op cit., p.205 et svt.

⁷⁶⁴ LUCAS (Fr. – X.), L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, RPC, n°06, Op cit., p.02.

⁷⁶⁵ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, LGDJ, Op cit., n°466.

⁷⁶⁶ COQUELET (M. – L.), Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit, Dalloz, Op cit., p.181.

⁷⁶⁷ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, LGDJ, Op cit., n°465.

des artisans de la survie de celle-ci. De même, leurs créances sont supposées être nées régulièrement, après l'ouverture de la procédure collective. La raison est simple, le débiteur n'étant plus le seul à tenir la direction de ses affaires ou même plus seul à le faire, puisqu'il est, soit assisté ou représenté, selon la nature de la procédure. Par conséquent, il ne peut lui être reproché d'avoir passé des contrats susceptibles d'être frappés de nullités ou d'opposabilités. L'entreprise étant sous traitement judiciaire, la voix du débiteur défaillant est résiduelle dans la prise des décisions relatives à l'entreprise, car, il s'agit de veiller aux intérêts des créanciers, tout en respectant ceux du débiteur. Partant, les créanciers postérieurs privilégiés sont payés, à l'échéance (1) ou par priorité (2) contrairement aux créanciers antérieurs non privilégiés.

1. Le paiement à l'échéance

Dans le langage courant, le terme « paiement » désigne l'action de verser une somme d'argent qui est due. Dans le langage juridique ce mot a un sens beaucoup plus large : le paiement est un mode d'extinction des obligations, quel que soit l'objet⁷⁶⁸. Il met en relation deux personnes, le *solvens* et l'*accipiens*, respectivement, le débiteur et le créancier ou leurs représentés.

Quant à l'échéance, elle est la date à laquelle expire un délai⁷⁶⁹. Donc, appliquée en droit, elle serait la date à laquelle l'exécution d'une obligation, d'un paiement est exigible. En somme, l'échéance rend l'obligation exigible. Néanmoins, cet effet ne se produit que le lendemain de cette échéance. Et lorsque le débiteur est *in bonnis*, l'exigibilité d'une créance ne suffit pas au créancier pour obtenir paiement. Il doit forcément l'exiger.

Le paiement à l'échéance est une règle qui protège le créancier. Il découle de la pure logique. En l'absence de terme, la dette est supposée être payée à sa naissance, de façon instantanée. Cette règle en droit des procédures collectives, est matérialisée, pour les créanciers postérieurs, par les dispositions de l'art 108 de l'AUPC. Mais avant l'avènement de l'espace OHADA, les créances postérieures étaient soumises à la loi française de 1889, portant modification de la loi sur les faillites. Malheureusement, cette disposition législative ne conférait aucun régime spécifique aux créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. Il a fallu attendre l'arrivée de l'OHADA pour voir naître des règles particulières et protectrices.

Bien vrai que les créances de new money sont nées après l'ouverture de la procédure, elles gardent une particularité avec celles des contrats en cours, car, elles doivent forcément être

⁷⁶⁸ MIGNOT (M.), La nature juridique du paiement, in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, L'Harmattan, Op cit., p.09.

⁷⁶⁹ Le Grand Robert de la langue française, v. Echéance.

consenties dans le concordat de redressement judiciaire, à défaut, elles seront qualifiées sous l'angle de l'art 117 de l'AUPC de *créances de la masse à l'exception de celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds*. Ainsi, le paiement à l'échéance du privilège de fresh money ne peut être analysé qu'au regard du droit concordataire de redressement judiciaire qui réserve à tous les créanciers, la soumission aux échéances concordataires. Le paiement se ferait en tenant compte des délais consentis dans le concordat comme l'ayant été dans tous les autres cas. En droit français, les juges du fond ont pu écarter du bénéfice du paiement, à l'échéance le titulaire d'un privilège de conciliation, qualifié de privilège d'argent frais, au motif que ce dernier était soumis à la règle de l'interdiction des paiements et aux délais du plan. Par conséquent, il ne bénéficiait de son privilège que dans le cadre d'une répartition d'actif⁷⁷⁰. Cette décision montre à quel point le privilège, indépendamment de la procédure dans laquelle il se trouve, est difficile à mettre en œuvre. C'est ainsi, que ce privilège a pu être qualifié d'illusoire, par une partie de la doctrine⁷⁷¹.

En droit OHADA, cette situation n'est pas à exclure. Mais, à la différence de son homologue français, le législateur OHADA a été très attractif, puisqu'il a introduit le privilège dans la procédure collective de règlement préventif et dans celle de redressement judiciaire. Il est resté silencieux à propos du régime du paiement à l'échéance des créanciers. Il s'est contenté uniquement de prévoir le régime subsidiaire, notamment, le paiement par préférence ou par priorité dans la liquidation des biens. Avant l'avènement de ce privilège, les personnes qui faisaient de tel apport bénéficiaient du traitement de faveur « des créances de la masse » anciennement appelées⁷⁷² « créances contre la masse ». Vu que les créances de new money sont également des créances postérieures, conformément aux dispositions légales, rien ne les empêche de bénéficier des avantages de ceux-ci, c'est-à-dire le paiement à l'échéance. Et d'ailleurs, ces créances ne subissent aucune pression du droit des entreprises en difficulté. Elles sont même payées par compensation et peuvent exercer toute voie d'exécution à l'encontre du débiteur⁷⁷³. Néanmoins, un rapport de l'ERSUMA sur les difficultés de recouvrement des créances, a permis de souligner que, la règle du paiement à l'échéance, par le syndic, des loyers d'un crédit-bail échus après le jugement d'ouverture est encore ignorée par certaines de nos

⁷⁷⁰ T. Com. La roche-sur-Yon, 17 Oct. 2012, Leden nov. 2012, n°158, Obs. LUCAS (Fr. -X.).

⁷⁷¹ LIENHARD (A.), La conciliation, Delmas procédures collectives, n°22.44, consulté sur www.dalloz.fr, le 16 nov. 2017.

⁷⁷² SAWADOGO (F. -M.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, p.1266.

⁷⁷³ COQUELET (M. – L.), Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit, Dalloz, 2^{ème} éd., p. 189.

juridictions⁷⁷⁴. Hormis ces cas, le critère d'attribution du privilège légal, gage du paiement au comptant ou à l'échéance, reste la finalité ou l'utilité de la créance. C'est ce qui résulte d'un Arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation française⁷⁷⁵. Pour éviter toute divergence, le législateur OHADA doit intervenir afin de le consacrer formellement, puisqu'avec le silence des textes, il est difficile d'affirmer avec certitude le paiement à l'échéance au profit du *fresh money*. Son droit de paiement à l'échéance ne lui permet pas aussi d'être payé sur le produit des biens affectés au paiement d'autres créances dont les droits ne sont pas paralysés par l'ouverture de la procédure collective. C'est le cas, par exemple, du créancier revendiquant, du titulaire d'une clause de réserve de propriété et du rétenteur. Les droits de ceux-ci résistent à la procédure collective, même face à une personne dont l'apport a sauvé l'entreprise en difficulté. En revanche, dans le redressement judiciaire, les créanciers antérieurs, munis de garanties conventionnelles classiques, voient leurs droits paralysés par l'ouverture de la procédure. Ils sont tenus aux délais et remises consentis dans le concordat. Toutefois, en cas de réalisation d'un bien grevé, une quote-part est affectée au bien pour servir de paiement du titulaire de la sûreté. Par conséquent, le *new money* n'obtiendra paiement que sur le reliquat et cela, conformément à la règle de « payer à la demande⁷⁷⁶ ».

Actuellement, le droit français ne parle plus de « paiement à l'échéance », ni de « paiement au comptant » mais de « paiement conformément aux stipulations contractuelles⁷⁷⁷ ». Soulignons que c'est dans le cadre du contrat à exécution successive qu'on parlera du premier type de paiement et le second, dans le cadre d'un contrat instantané. C'est le cas, en principe, d'un contrat de vente. Le dernier système de paiement sert de conciliation des deux autres. Ces modes de paiement sont applicables, non seulement en redressement judiciaire, mais aussi en liquidation des biens. Cependant, ils doivent être autorisés par l'administrateur, notamment le syndic. Malheureusement, au regard du paiement immédiat des superprivilèges des salaires qui est effectué sur les premières rentrées de fonds et du principe de l'affectation de quote-part, la créance d'argent frais voit son rêve de paiement à l'échéance amenuisé et même volatilisé. De

⁷⁷⁴ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Thèse, Op cit., n°492.

⁷⁷⁵ Cass. Com., 12 mars 2013, n°11-24.365, in ROUSSEL GALLE (Ph.) et VALLENS (J. -L.), Le paiement dans les procédures collectives in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, L'Harmattan, Op cit., p.208.

⁷⁷⁶ MARTIN -SERF (A.), Créancier de l'art 40, Droit de poursuite individuelle, liquidation judiciaire, Référé-provision, Condamnation du liquidateur au paiement immédiat d'une créance exigible, RTD Com., 1991, p. 110.

⁷⁷⁷ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Thèse, Op cit., n°495 ; v. ROUSSEL GALLE (Ph.) et VALLENS (J. -L.), Le paiement dans les procédures collectives in MIGNOT (M.) et LASSERRE CAPDEVILLE (J.), Le paiement, L'Harmattan, Op cit., p.207 .

ce fait, il ne pourrait que se contenter d'une solution subsidiaire, notamment, le paiement prioritaire, en cas de réalisation de l'actif du débiteur.

2. Le paiement par priorité

Lorsque le paiement doit se faire sur le produit de la réalisation de l'actif du débiteur, le créancier privilégié met en jeu son droit de préférence afin de recevoir un paiement par priorité. Cette situation est prévue par le législateur des procédures collectives en tenant compte de la nature du bien réalisé. Lorsqu'il s'agit d'une chose immobilière, l'article 166 dispose que, « *les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant :*

1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ;

2°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;

3°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;

4°) aux créanciers titulaires d'une hypothèque conventionnelle ou forcée et aux créanciers séparatistes inscrits dans le délai, chacun selon le rang de son inscription au livre foncier ; 5°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus ;

6°) aux créanciers munis d'un privilège général selon l'ordre établi par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, à savoir, aux créanciers munis d'un privilège général soumis à publicité, chacun selon le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier, et aux créanciers munis d'un privilège général non soumis à publicité selon l'ordre établi par l'article 180 de cet acte uniforme ;

7°) aux créanciers chirographaires munis d'un titre exécutoire ;

8°) aux créanciers chirographaires non munis d'un titre exécutoire... ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que le premier rang est occupé par les privilèges de l'argent frais. Donc, la priorité législative ne fait pas défaut. Le *new money* occupe une place sans précédent. Elle vient même avant les créances des frais de justice et celles des salaires superprivilégiés. Cette politique législative fait du droit OHADA, un droit très attractif dans le financement des entreprises en difficulté et incite fortement les banques spécialisées dans ce domaine à agir efficacement dans le traitement des débiteurs en cessation des paiements. Mais, qu'en est-il en

pratique ? Le privilégié de *fresh money* peut-il obtenir paiement prioritaire face à un créancier hypothécaire conventionnel sur le fruit de l'immeuble grevé ? La réponse à cette question soulève une série de sous questions. La première est celle de savoir si, les articles organisateurs⁷⁷⁸, prévoient une simple priorité de paiement ou un privilège au vrai sens du terme ?

Il serait nécessaire de passer par le droit comparé français, source d'inspiration du législateur OHADA en la matière, notamment l'art 40 de la loi du 25 janvier 1985 devenu aujourd'hui, avec la loi de sauvegarde⁷⁷⁹, les arts L. 622-17 (dans le cas de la sauvegarde et du redressement judiciaire) et L. 641-13 (dans le cas de la liquidation judiciaire) du Code de commerce. Cet article a institué une nouvelle priorité de paiement au profit des créanciers qui concourent à assurer la survie d'une entreprise en difficulté. Cette préférence s'explique par l'objectif de la procédure collective à savoir, *permettre la sauvegarde de l'entreprise*. En France, la jurisprudence ne partage pas cette position d'une partie de la doctrine qui assimilait la priorité de paiement à un véritable privilège. Les juges de la cour régulatrice affirment que « la priorité de paiement institué par l'art 40 de la loi n°85-98 dans sa rédaction antérieure à la loi n°94-475 du 10 juin 1994, qui ne dépend pas de la qualité de la créance, ne constitue pas un privilège au sens de l'art 2095 (article 2324) du Code civil⁷⁸⁰ ». Cette décision nous renseigne que c'est la qualité de la créance qui fonde le privilège, donc, une précision lexicale est intéressante.

En effet, le privilège est un droit appartenant à un créancier d'être payé sur le prix de vente d'un ou plusieurs biens du débiteur par préférence à d'autres créanciers. Par ailleurs, le privilège est une sûreté réelle accordée par la loi à certains créanciers, en raison de la qualité de leur créance et cela, conformément au principe « pas de privilège sans texte ». Quant à la priorité, elle est définie comme une faveur, un avantage particulier, un traitement préférentiel parfois accordé à certaines personnes, prioritaires, pour des raisons inhérentes à leurs bénéficiaires ; droit d'être admis ou servi avant les autres⁷⁸¹. Ces deux conceptions se distinguent de la sorte. La première, notamment le privilège, est attaché à la créance, en l'occurrence, à sa qualité et la seconde, à la personne du bénéficiaire. Partant, le droit OHADA, contrairement à l'ancien droit qui restait silencieux⁷⁸², semble choisir la technique de la conciliation, mais, une conciliation partisane,

⁷⁷⁸ Il s'agit des articles 33-1 et 166 de l'AUPCR.

⁷⁷⁹ Il s'agit de la loi française de 2005 dite « loi de sauvegarde des entreprises ».

⁷⁸⁰ Cass. Com, 05-02-2002, D. 2002, p. 805, Obs. LIENHARD (A.) ; v. CROCQ (P.), Le fameux « privilège de l'article 40 » n'en est pas un !, RTD Civ. 2002, p. 337.

⁷⁸¹ CORNU (G.), Vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT, 5^{ème} éd., PUF, 1996, v. Priorité.

⁷⁸² SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Thèse, Op cit. , n°636.

car il penche beaucoup plus vers la thèse du privilège avec une consécration légale, à la différence du droit français. Pour davantage l'élucider, le paiement du privilège se fait sur le prix de la vente du bien. De même, il emprunte un peu à la thèse de la priorité qui est attachée à la personne du créancier (bénéficiaire). Ceci s'explique par l'utilisation dans l'art 33-1 de l'AUPCR de l'expression suivante : *les personnes qui avaient consenti dans le concordat de redressement judiciaire un nouvel apport en trésorerie ou fournissent au débiteur un nouveau bien ou service en vue d'assurer la poursuite et la pérennité de l'activité de l'entreprise débitrice*. En sus, le législateur a visé une certaine catégorie de personnes parmi les créanciers de la masse ou contre la masse, c'est-à-dire, celle dont les créances ont été consenties in concordat, abstraction faite des autres. Ainsi, la priorité de paiement est accordée en fonction des personnes contractantes et non uniquement en raison de la qualité de la créance, puisque toutes les autres créances qui seront nées après l'ouverture de la procédure et qui seront hors concordat ne bénéficieront pas du statut de *fresh money*, même si elles visent la poursuite et la pérennité de l'activité du débiteur. A la différence de son homologue français, le législateur OHADA maintient le concept de « créance de la masse » et crée en même temps une priorité de paiement. Cette situation crée l'inégalité entre les créanciers de la procédure. Par ailleurs, les « privilèges de procédure⁷⁸³ » ou « créances de la masse » ont toujours bénéficié d'un traitement de faveur leur permettant d'obtenir un paiement prioritaire.

Concernant la question du paiement sur le prix de la réalisation du bien grevé, la bonne collaboration des acteurs du crédit fait que certains créanciers hypothécaires font un abandon de créances afin de faciliter le règlement des créances privilégiées telles que les frais de justice et les indemnités salariales des employés maintenus pour les besoins de la liquidation⁷⁸⁴. Ce bel exemple peut laisser présumer une bonne application du privilège d'argent frais. A défaut, le créancier hypothécaire peut mettre en jeu son droit exclusif, c'est-à-dire l'attribution conventionnelle⁷⁸⁵. Par contre, en droit français, le créancier hypothécaire ne peut se voir primer que lorsque le crédit octroyé a servi à la conservation ou à la réalisation du bien⁷⁸⁶.

⁷⁸³ ROUSSEL GALLE (Ph.), Les privilèges de procédure, Op cit., p.03 s.

⁷⁸⁴ TRHC Dakar, Ord. n°549/2003 du 09 mai 2003, Ohadata J-05-137.

⁷⁸⁵ Art 150 alinéa 1^{er} de l'AUPCR.

⁷⁸⁶ CROCQ (P.), Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variations sur la primauté du créancier hypothécaire, Op cit., p.433.

En matière mobilière, l'art 167 dispose que, « *Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant :*

- 1°) aux créanciers bénéficiant du privilège prévu par les articles 5-11, 11-1 et 33-1 ci-dessus ;*
- 2°) aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix ;*
- 3°) aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date ;*
- 4°) aux créanciers de salaires superprivilégiés en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif ;*
- 5°) aux créanciers garantis par un privilège général soumis à publicité, un gage, ou un nantissement, chacun à la date de son opposabilité aux tiers ;*
- 6°) aux créanciers munis d'un privilège mobilier spécial, chacun sur le meuble supportant le privilège ;*
- 7°) aux créanciers de la masse tels que définis par l'article 117 ci-dessus... ».*

Cette disposition règle le rang ou le classement des créances dans la liquidation des biens. Elle met le gagiste et le nanti à la cinquième position, largement derrière les privilèges de new money qui occupent la première place, mais évidemment en l'absence d'un droit exclusif. Donc c'est le gagiste sans dépossession et le nanti qui peuvent être inquiétés. Or, ils peuvent également mettre en œuvre les dispositions de l'art 149 de l'AUPCR qui leur permettent de se mettre à l'abri du concours entre créanciers ou solliciter l'attribution du bien à titre de paiement. Même si les créances de *fresh money* doivent primer certaines créances, cette primauté risquera de s'exercer sur les autres créanciers et non sur les sûretés mobilières conventionnelles, car le droit du classement prévu n'est pas intangible et risque d'être bouleversé en pratique. L'exemple de la règle du paiement immédiat des superprivilèges et la protection spécifique⁷⁸⁷ accordée aux

⁷⁸⁷ Parce qu'en liquidation des biens, il ne sert à rien comme l'affirmait le professeur CROCQ (V. CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, la modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Op cit., n°59) de ruiner une sûreté étant donné que l'activité de son débiteur n'est plus viable et est au point de mourir.

gagistes et aux nantis en sont illustratifs. Par ailleurs, sauver le débiteur nécessite le maintien de certains contrats.

Paragraphe II : Les créanciers des contrats maintenus lors du redressement judiciaire

Le contrat constitue un rouage essentiel des procédures collectives. Il est l'un des vecteurs de la poursuite de l'activité de l'entreprise, objectif prioritaire des procédures de prévention et de redressement judiciaire, à l'ouverture desquelles, c'est le principe de la poursuite des contrats en cours qui sécurise l'activité, en évitant une dispersion des cocontractants⁷⁸⁸. L'utilité du contrat est, sans doute, inestimable. Et, la poursuite de l'activité en dépend largement. En revanche, la question des conventions maintenues en vue d'assurer la continuité et la pérennité de l'activité du débiteur est beaucoup plus complexe. C'est pourquoi, une détermination du domaine (A) de ces contrats s'impose afin de préciser leur régime (B).

A- La détermination du domaine des contrats maintenus en redressement judiciaire

L'ouverture d'une procédure collective de redressement judiciaire ou de liquidation des biens entraîne des conséquences à l'égard, non seulement du débiteur, mais aussi de ses partenaires, qu'ils soient créanciers ou non. C'est ainsi que le principe de la continuité ou du maintien des relations d'affaires, est consacré (1) et assorti d'exception, à l'égard des personnes qui contractent avec l'entreprise en difficulté.

1- La consécration du principe de la continuité des contrats en cours

Le contrat est défini comme *un accord de volonté générateur d'obligations*⁷⁸⁹. Il est dit en cours, lorsqu'il est en vigueur au jour du jugement d'ouverture. Bien que controversée, la date reste toujours déterminante pour la qualification d'une créance antérieure ou postérieure. Les créances qui sont nées après l'ouverture des procédures collectives et de façon régulière sont protégées. Elles résultent des opérations conclues avec le débiteur en vue de sauver l'activité et permettre le remboursement des dettes. Pour ce faire l'AUPC prévoit le principe du maintien des contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure. L'art 107 de l'Acte dispose que « Nonobstant toute disposition légale ou clause contractuelle ou indivisibilité, aucune résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture, du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens ». De cet article découle la règle générale

⁷⁸⁸ OBAJTEK (Th.) et PASCOET (Ch.), La délicate appréhension du contrat cadre par le droit des procédures collectives, AJ Contrat, 2017, p. 114.

⁷⁸⁹ Art 40 du COCC.

permettant de maintenir les liens entre les partenaires de l'entreprise qui sont incontournables, voire indispensables pour la poursuite et la pérennité de l'activité de l'entreprise débitrice. C'est cette disposition qui tranche et nous renseigne sur la nature et les types de relations qui sont concernées par ce principe. Qu'en pense la jurisprudence ? A cette question, la chambre commerciale de la cour de cassation affirme que, *par contrat en cours, il faut entendre tout contrat en vigueur au jour du jugement d'ouverture qu'il soit ou non à exécution successive*⁷⁹⁰. De la résolution de ce problème découle un autre, celui de la notion du *contrat en vigueur*. Là encore, le problème de la date va se poser avec acquitté. Est-ce qu'il faut se placer au moment de l'exécution ou de la formation pour apprécier l'effet d'une convention dans la procédure collective. La réponse à cette interrogation est la suivante : le contrat est en vigueur dès sa conclusion lorsqu'il comporte tous les éléments nécessaires à sa validité, même s'il doit recevoir sa formulation définitive par l'adjonction des clauses usuelles⁷⁹¹. Nous constatons qu'une partie de la jurisprudence valide la thèse de la formation ou de la conclusion de la convention. Or, nous savons aussi qu'en matière de créances de dépens, la date importe peu, lorsque le débiteur est demandeur à l'action qui se solde par la mise des dépens à sa charge⁷⁹². Et dans le cadre d'une vente, le contrat est en vigueur jusqu'à la date du transfert de propriété, lorsqu'il comporte une condition suspensive et, par ailleurs, prévoit sa réitération dans un acte authentique. Il est en cours si le transfert de propriété a été fixé après la survenance de la condition à la date de la réitération et du paiement du prix⁷⁹³. Cependant, il n'est plus en cours si le transfert de propriété a été fixé à la date de la survenance de la condition, même s'il devrait être réitéré par acte authentique et que le prix n'était pas encore payé. Lorsqu'il comporte une clause de réserve de propriété sur son immeuble, il est en cours, si une partie du prix reste à payer lors de l'ouverture de la procédure collective de l'acheteur⁷⁹⁴. Néanmoins, il ne l'est pas, en cas de vente de biens mobiliers⁷⁹⁵.

Ceci étant, la question se pose de savoir, qui parmi les organes de la procédure est compétent ou peut décider de la continuité ou du maintien d'un contrat ? En droit français, l'administrateur peut manifester, comme il entend, sa décision de continuer le contrat. Une telle volonté peut être déduite aussi du droit OHADA. C'est le cas de l'échange de correspondance entre

⁷⁹⁰ Cass. Com. 16-02-1988, Bull. civ. IV, p.50.

⁷⁹¹ Cass. Com. 06-02-1996 : RJDA 4/96, n°547.

⁷⁹² PASTUREL (M.), Créance de dépens et débiteur en procédure collective, D. 1998, Chron. 381.

⁷⁹³ Cass. Com. 22-10-1996 : RJDA 2/97, n°264.

⁷⁹⁴ Cass. Com. 01-02-2000 : RJDA 4/00, n°445.

⁷⁹⁵ Cass. Com. 05-05-2004 : RJDA 11/4, n°1238.

l'administrateur et le cocontractant⁷⁹⁶. Cependant, l'administrateur n'est pas tenu d'intervenir car la poursuite du contrat a lieu de plein droit après l'ouverture de la procédure collective⁷⁹⁷. En droit OHADA, le syndic peut jouer amplement ce rôle. D'ailleurs, *seul le syndic a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours*⁷⁹⁸. Mais, ce pouvoir n'est pas entier, le contractant pouvant le contraindre à choisir⁷⁹⁹ en lui adressant une mise en demeure par lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen laissant trace. Cette mise en demeure fait courir un délai de trente jours, à compter de sa réception par le syndic. Celui-ci peut répondre explicitement ou implicitement à cette mise en demeure.

2- L'exception au principe de la continuité des contrats en cours

Il découle des dispositions de l'art 107 al. 2 que « *les articles 107 à 109 ne s'appliquent pas aux contrats de travail* ». Cet article nous renseigne que les contrats de travail ne font pas partie du champ des conventions maintenues d'office. De ce fait, une précision de cette notion est nécessaire.

La notion du contrat de travail se définit comme une convention aux termes de laquelle une personne, dénommée le salarié s'engage à accomplir une prestation de travail pour le compte et sous l'autorité d'une autre, dénommée employeur, qui consent à lui verser, en contrepartie, une rémunération⁸⁰⁰. Le législateur malien le définit comme une *convention en vertu de laquelle une personne appelée travailleur s'engage à mettre son activité professionnelle, moyennant une rémunération sous la direction et l'autorité d'une autre personne appelée employeur*⁸⁰¹. Cette définition met en exergue les critères ou les caractéristiques d'un contrat de travail ou d'une relation individuelle de travail, à savoir : la prestation fournie par l'employé, la rémunération fournie par l'employeur et le pouvoir exercé par l'employeur sur le préposé (employé). C'est ce qui fait du droit de travail, un droit de subordination, conclu intuitu personae, c'est-à-dire, en considération de la personne. Or, dans la plupart des cas, les difficultés de l'entreprise sont imputées à l'incompétence, soit des dirigeants ou du personnel. Ainsi, il est normal qu'on puisse laisser le soin aux organes de la procédure de proposer un bon plan de restructuration du débiteur ou de sortie de crise et, s'il le faut des licenciements. C'est

⁷⁹⁶ Cass. Com. 03-05-1979 : Bull. Civ. IV, p. 109.

⁷⁹⁷ C.A. Versailles, 28-11-1996 : RJDA 4/97, n°555.

⁷⁹⁸ Art 108 al. 1^{ER} de l'AUPCR.

⁷⁹⁹ KELIEU ELONGO (Y. R.), Le Droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p. 131.

⁸⁰⁰ V. Rép. Trav., v. Contrat de travail (Existence –Formation), Janv. 2014, n°42.

⁸⁰¹ Art L. 13 du Code de travail du Mali de 1992.

pourquoi, le législateur a jugé nécessaire de l'exclure de la liste des contrats maintenus. Ceci permet également de mieux organiser le régime du licenciement et son corollaire d'indemnisation.

En outre, ne sont pas considérés comme contrat en cours, ceux qui sont expirés sans avoir été exécutés. C'est le cas du contrat de prêt lorsque les fonds ont été remis à l'emprunteur avant l'ouverture de la procédure⁸⁰². Ils seront également considérés comme expirés si la résiliation était acquise avant le jugement d'ouverture⁸⁰³. Ils sont donc, hors du principe du maintien des contrats en cours.

Par ailleurs, le régime de ces contrats mérite d'être précisé.

B- La précision du régime des contrats maintenus en redressement judiciaire

Lorsque l'entreprise présente des difficultés, un diagnostic doit être fait afin de prescrire une bonne ordonnance pouvant servir de remède. Et quel que soit l'état de la maladie, un débiteur doit, pour se soigner, continuer son activité. C'est dans ce cadre que le maintien du lien avec les partenaires financiers est sollicité. Ils se fient à la confiance placée à l'entreprise défaillante. Leurs créances sont protégées, car elles sont nées régulièrement après l'ouverture de la procédure et interviennent pour restaurer une bonne santé économique et financière du débiteur. La fourniture de service permet d'éponger les créances antérieures et participe à la création de nouvelles richesses. Ainsi, le dispensateur du service bénéficie du paiement à l'échéance (1) garanti par l'ensemble des règles juridiques qui forme le régime de ces créances. Lorsque la situation du débiteur ne favorise pas la mise en jeu de ce paiement, le créancier en question est payé par préférence, notamment prioritairement aux autres créanciers (2).

1- Le bénéfice du paiement à l'échéance

Le paiement à l'échéance est un mécanisme usité en pratique et signifie que les créances sont payées au fur et à mesure de leur naissance, sans que le cocontractant ne soit obligé de consentir un délai ou un terme⁸⁰⁴. Et selon la doctrine⁸⁰⁵, le créancier peut user de toutes les mesures d'exécution y compris celles provisoires parce qu'il n'est pas soumis à l'interdiction des poursuites individuelles. Le législateur, à travers l'article 108 alinéa 3 de l'AUPC, dispose que, « *Lorsque le syndic exige la poursuite d'un contrat en cours, il doit fournir la prestation*

⁸⁰² Cass. Com. 14-12-1993 : RJDA 3/94, n°335.

⁸⁰³ C.A. Paris, 10-12-1990 : GP 1991, Som. 429.

⁸⁰⁴ KALIEU ELONGO (Y. -R.), Le Droit des procédures collectives OHADA, Op cit., p.134.

⁸⁰⁵ KALIEU ELONGO (Y. -R.), Ibid.

promise au cocontractant et ce dernier doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagement antérieur à la décision d'ouverture de la procédure collective. Sous cette réserve, le contrat est exécuté selon les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure collective nonobstant toute clause contraire ». Une bonne observation de cette disposition conclue à la consécration de la thèse du paiement à l'échéance. Et l'utilisation par l'ancien droit de l'expression « à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie » et renforcée par le droit réformé, à travers le remplacement du terme « à charge » par celui de « doit », constitue une parfaite illustration de la volonté du législateur OHADA de renforcer les droits des créanciers qui ont financé la poursuite de l'activité du débiteur. En principe, les créanciers postérieurs sont des établissements de crédits, en l'occurrence des banques spécialisées dans le financement des entreprises en difficulté et dont le rôle joué lors de la procédure repose sur la confiance en la personne du débiteur qui fait appel à leur concours⁸⁰⁶. Cette dynamique de protection des fournisseurs de crédits cadre parfaitement avec l'un des objectifs clés de l'OHADA, à savoir, l'attractivité des investisseurs.

La mise en œuvre de cette disposition, en principe, ne doit pas poser de problème. Et d'ailleurs, en droit français, un crédit-bailleur a pu entrer en paiement de sa créance échue après l'ouverture de la procédure collective du crédit-preneur⁸⁰⁷. La difficulté se trouve au niveau des contrats à exécution successive et même dans ce cas, *lorsqu'un contrat à exécution successive a été continué, l'administrateur judiciaire n'est débiteur que des redevances échues ou à échoir postérieurement au jugement d'ouverture*. En revanche, *lorsque le contrat a été stipulé à terme échu, l'administrateur doit payer l'intégralité de l'échéance bien que le redressement judiciaire ait pu intervenir au cours de la période afférente à cette échéance*. Pour les contrats dont les obligations sont instantanées, le paiement s'effectue au comptant. Certes, le crédit-bail est assimilable au bail, mais ils ne sont pas à confondre car, le premier est un mécanisme de financement permettant de se doter d'un moyen de production, tandis que le second est relatif au contrat abritant l'activité de l'entreprise. Le contrat ne bénéficie pas la prérogative de l'obligation de paiement qui incombe au syndic au cas où ce dernier aurait exigé la continuité du contrat en cours⁸⁰⁸, de même que les contrats de travail⁸⁰⁹. Cette position de la

⁸⁰⁶ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Thèse, Op cit., n°484.

⁸⁰⁷ Cass. Com. 26 nov. 20002, n°00-10.610 (n°1972 F-D), D. 2003, p. 122.

⁸⁰⁸ V. art 97 alinéa 2 de l'AUPCR. Cet alinéa prévoit expressément que les dispositions des articles 108 al. 2 et 109 de l'AUPCR ne sont pas applicables au bail d'immeuble.

⁸⁰⁹ V. art 107 al. 2 de l'AUPCR.

pratique française est transposable en droit OHADA et est partagée par la doctrine⁸¹⁰. Bien que le législateur africain inclue dans le lot des créances de la masse les titulaires de créances nées après l'ouverture de la procédure, conformément aux exigences de régularité, y compris les créances des contrats maintenus, ces derniers risquent de ne pas obtenir paiement à l'échéance, au regards même de la situation financière du débiteur et du régime des premiers fonds entrant. Donc, il est plutôt conseillé aux créanciers de faire recours à un moyen secondaire, celui de mettre en jeu leur droit de préférence afin d'obtenir un paiement prioritaire.

2- L'obtention du paiement prioritaire

Le paiement prioritaire constitue une solution subsidiaire pour le créancier d'un contrat maintenu dans les procédures collectives. Il vient après l'échec du paiement à l'échéance qui matérialise le prototype même du règlement des créances contractuelles. Et comme, il est coutume de dire : « à défaut de téter les seins de maman, on tète pour la grand-mère ». Donc, l'insuccès d'une voie aboutit à l'ouverture d'une autre.

Cette méthode de satisfaction du créancier se fait par l'intermédiaire du concours entre créanciers. Il est organisé à travers les articles 166 et 167 de l'AUPC qui traitent respectivement le domaine immobilier et mobilier. Cependant, le droit commun du règlement des créances postérieures est régi par les dispositions de l'art 117 de l'AUPC qui dispose que : « toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic sont des créances de la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui reste exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds ». Au regard du classement légal, les créances des contrats maintenus se trouvent respectivement en matière immobilière et mobilière au cinquième et septième rang, chose qui ne facilite pas du tout leur paiement prioritaire, parce qu'elles sont devancées, au premier cas, par les créances de l'argent frais, les frais de justice, les superprivileges et les créanciers hypothécaires et en second, par les mêmes créanciers, mais avec deux particularités, celle des conservateurs qui occupent le deuxième rang et celle des privilèges mobiliers spécifiques qui se placent à la sixième position. Ce qui fait que les créanciers de la masse ou contre la masse se retrouvent loin de la barre du paiement. C'est pourquoi, il est incohérent de créer une priorité de paiement, à la lumière de celle française et de maintenir le concept de masse, en l'occurrence, les « créanciers de la masse », car les deux vont se neutraliser. C'est ce

⁸¹⁰ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°489 s.

qui justifie son absence en droit français. Heureusement que le législateur OHADA l'a compris tout en réservant le classement des créanciers dans la procédure de liquidation.

En réalité, les créances de contrats maintenus ne seront pas payées sur la base du rang dans le redressement judiciaire, mais plutôt d'une action contre le débiteur en vue du paiement garanti par leur droit de poursuite. Ceci se comprend aisément, puisqu'en l'absence d'un paiement à l'échéance, le créancier se voit enfermé dans le carcan de la poursuite individuelle afin de réaliser son droit de préférence⁸¹¹ ou de priorité. La solution est tout à fait différente, lorsqu'il s'agit de la liquidation des biens, c'est-à-dire, le maintien de l'activité ordonné par le liquidateur. Dans ce cas, la pratique règle le paiement tout en se référant aux privilèges des articles 166 et 167 de l'AUPC. C'est ce qui fut fait en France et d'ailleurs, peu importe que l'activité soit poursuivie, l'essentiel est que le contrat en cours soit régulièrement poursuivi par une décision de l'organe compétent et non pas nécessairement du liquidateur. Ces créances bénéficieront du traitement préférentiel⁸¹². Toutes les difficultés se situent au niveau du redressement judiciaire, car le créancier risque de ne pas obtenir paiement, faute de liquidité. Néanmoins, il bénéficie quand même d'un traitement de faveur, parce qu'il ne subit pas, en partie, la grande rigueur du droit des procédures collectives, notamment la suspension des paiements, à fortiori des poursuites individuelles. Ainsi, il est payé avant les créanciers antérieurs mais sur ses créances postérieures et non antérieures. Mais, par une protection opportune, les juges du fond ont donné satisfaction à une demande de paiement des créances, non seulement postérieures, mais aussi antérieures du crédit-bailleur, bien vrai que la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas abordé dans le même sens, parce que toujours liée au principe selon lequel le fait générateur d'une créance réside dans la fourniture et la réalisation de la prestation envisagée⁸¹³. La solution cassée mérite notre attention et est amplement suffisante pour illustrer le paiement prioritaire des créances nées du contrat en cours. Elle est applicable en droit OHADA et justifiée par le fait que les créances bénéficient des privilèges de l'art 117 de l'AUPC. En plus, le créancier postérieur peut mettre en jeu la compensation

⁸¹¹ V. Cass. Com. 09 -05-2018, n°16-24.065, D. 2018, p. 1005.

⁸¹² MARTIN-SERF (A.), Article L. 641-13 du Code de commerce. Créances postérieures privilégiées nées de la continuation d'un contrat en cours décidée par le liquidateur (Loi n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI ème siècle). RTD Com. 2017, p. 189.

⁸¹³ LIENHARD (A.), Poursuite d'un contrat à exécution successive : Paiement et ventilation des créances antérieures et postérieures, D. 2002, Chron. 2124. Dans le même, v. Cass. Com. 02 oct. 2001, D. 2002, p.800, Obs. DERRIDA (F.).

pour se faire payer⁸¹⁴. Ce paiement préférentiel peut être effectué sur la base de la finalité de la créance mais aussi de l'utilité de celle-ci.

Section II : En raison de l'utilité de la créance

La règle de droit dans le système romano-germanique est faite pour protéger le faible contre le fort, par opposition au droit anglo-saxon qui œuvre au service de l'économie. Raison pour laquelle, la partie pauvre d'un contrat, en présence de difficultés, n'hésite pas à solliciter le concours et la protection de la justice. Et c'est dans ce cadre que le législateur OHADA, à l'image de son homologue français, a institué une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise permettant au débiteur défaillant de bénéficier d'une couverture judiciaire. C'est dans cette même dynamique de protection de l'entreprise débitrice que des critères, comme la finalité ou l'utilité sont exigées en pratique aux créanciers postérieurs. Analysée du côté du créancier qui, par son acte qualifié d'important ou d'utile pour les besoins de la procédure⁸¹⁵, va bénéficier de la protection législative. Ainsi, des privilèges sont attachés aux frais de justice (Para I) et de conservation (Para II).

Paragraphe I : Le privilège des frais de justice lors de la liquidation des biens

En droit des procédures collectives, c'est la qualité de la créance qui continue à gouverner le privilège attaché à la créance. D'ailleurs, le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres, même hypothécaires. Cette position est défendue par les juges de la Cour de cassation et partagée en doctrine⁸¹⁶. Les privilèges bénéficient aussi bien aux créanciers privés que publics. Dans le Droit des entreprises en difficulté, ils sont attachés à certaines créances y compris les dépenses occasionnées en justice. La spécificité du droit de la maladie des entreprises fait accroître les charges avec l'intervention des organes extrajudiciaires qui perçoivent des rétributions. L'ensemble est appelé par un terme générique « frais de justice ». Ces impenses qui conditionnent le déroulement de la procédure et même l'obtention de décision de justice doivent être réglées. Et avec la situation financière désespérée du débiteur, il est nécessaire de déterminer le champ de ces créances pouvant en bénéficier (A), avant de se pencher sur la question de leur régime (B).

⁸¹⁴ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°529.

⁸¹⁵ Cass. Com. 15 Oct. 2013, F-P+B, n°12-23.830, Obs. P. ROUSSEL GALLE, Ohadata D-14-12, p.08 ; dans le même sens, v. D.A, 25 Oct. 2013, Obs. A. LIENHARD.

⁸¹⁶ ROUSSEL GALLE (P.), Ibid.

A- Le domaine des privilèges de frais de justice

Les frais, de façon générale, regroupent l'ensemble des dépenses occasionnées par un procès⁸¹⁷. Quant aux frais de justice, le vocabulaire⁸¹⁸ nous renseigne qu'il s'agit de l'ensemble des frais de procédure exposés à l'occasion d'une instance judiciaire englobant, outre les dépens, tous les frais irrépétibles. Le législateur communautaire des procédures collectives fait l'économie d'une définition, il se contente de donner leur domaine d'application. L'art 166 -2° de l'AUPC qui les détermine en matière immobilière précise qu'en l'espèce seuls sont concernés, les créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et la distribution du prix et l'article 167 rappelle la même chose⁸¹⁹. Les créances indiquées sont celles entrant dans la réalisation et la distribution. Ainsi, nous assistons à une limitation du champ (1) qui s'est élargi après (2).

1- La limitation du domaine des privilèges de frais de justice

Il ne suffit pas de courir, il faut arriver à point. De même, il ne suffit pas d'être créancier des frais de justice, il faut que ceux-ci soient engagés pour parvenir à la réalisation du bien et la distribution du prix. Telles sont les exigences du législateur du droit des procédures collectives de l'OHADA. La question en pratique ne souffre d'aucune ambiguïté, car, la distribution est faite en conformité avec cette disposition. Les frais de justice sont déduits en premier par les juridictions africaines⁸²⁰ qui sont venues conforter une pratique ancienne en France, suivant laquelle, le syndic avait demandé au juge commissaire la modification de l'ordre de paiement obtenu à la suite d'une adjudication antérieure à l'ouverture de la procédure, afin d'obtenir par priorité le paiement de ses frais de liquidation. Ce qui lui fut refusé. Son appel a été aussi infirmé par la cour de Pau. Les juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation ont approuvé les décisions de la juridiction de fond au motif que, lesdits frais n'avaient pas été utiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble⁸²¹. Cet arrêt de la Cour de cassation⁸²² nous renseigne que, pour être opposable à un créancier hypothécaire ou à tout créancier titulaire d'une sûreté réelle spéciale, le privilège des frais de justice doit concerner des frais répondant

⁸¹⁷ Lexique des termes juridiques Dalloz, 21^{ème} éd., v. Frais. Au sens strict, il désigne les frais irrépétibles.

⁸¹⁸ CORNU (G.), Op cit., v. Frais de justice.

⁸¹⁹ Il s'agit de l'art 167 -2° de l'AUPC.

⁸²⁰ TRHC Dakar, Ordonnance n°549/2003, Ohadata J-05-137 ; dans le même sens, v. TRHC Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001, Ohadata J-05-105.

⁸²¹ CROCQ (P.), Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variations sur la primauté du créancier hypothécaire, RTD Civ. 1996, p. 433.

⁸²² Cass. Com., 05-12-1995, Bull. civ. IV, n°285 ; D. 1996, p. 389, Obs. S. PIEDELIEVRE.

à la double condition d'avoir permis la conservation, la liquidation ou la réalisation du bien formant le gage du créancier et d'avoir été engagés dans l'intérêt commun des créanciers. Ainsi, les émoluments du liquidateur n'ont pas pu primer les créances du créancier hypothécaire. A cette question, la doctrine⁸²³ pense que les rétributions du syndic devraient primer le titulaire de l'hypothèque. Selon elle, la rémunération de l'organe de la procédure devait être payée avant la créance hypothécaire, non pas au titre des frais de justice, mais en tant que créance postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. Certes, cette doctrine s'inspire d'une jurisprudence antérieure⁸²⁴ à la loi de 1994 consacrant le printemps des sûretés réelles. Mais il faut reconnaître que la primauté des émoluments du liquidateur, dans le cas d'espèce, allait encourager l'inertie, car rappelons que, le paiement prioritaire du créancier hypothécaire a été le résultat d'une action individuelle suite à l'inaction du syndic. Donc, une telle situation doit servir d'inspiration dans l'espace OHADA, puisque la réforme de 2015 portant sur les procédures collectives qui a pris en compte les modifications de 2010 portant sur le droit des sûretés a consacré, à l'image de la loi française de 1994, « un printemps » des sûretés réelles en droit des procédures collectives de l'OHADA. Ainsi, le titulaire de sûreté spécifique ne doit se voir primer par une créance postérieure que lorsqu'il en a profité.

En plus des émoluments, la question se pose de savoir si les honoraires entrent aussi dans le cadre des privilèges de frais de justice ? La Cour de cassation française, au moins partiellement, a répondu à cette question en affirmant que les honoraires d'une expertise amiable ne peuvent être considérés comme des frais engagés pour la conservation de la chose. Les faits de l'espèce sont simples. Un incendie avait détruit les locaux d'une société assurée. La police prévoyait la désignation d'un expert des deux côtés, notamment par l'assureur et l'assuré, chacun aux fins de chiffrage du préjudice. La société en question a été mise en redressement judiciaire. Ainsi, l'expert de l'assuré a demandé le paiement de ses honoraires et, pour ne pas être chirographaire, il sollicita le privilège de conservation. Les juges de fond refusent cette qualification au motif que l'expertise ne tendait pas au sauvetage d'un bien. Elle est suivie par la cour régulatrice qui rejette le pourvoi au motif que ledit privilège ne peut porter que sur un meuble déterminé et non sur l'ensemble du patrimoine du débiteur⁸²⁵. Nous pouvons dire, qu'au regard de cette décision, les honoraires ne font pas partie du privilège des frais de justice. Cette position est soutenable et transposable dans le droit africain, car l'expertise en question n'a pas été faite dans la

⁸²³ HONORAT (A.), Le paiement préférentiel des émoluments du liquidateur par priorité sur la vente d'un immeuble hypothéqué, D. 1998, Chron. 327.

⁸²⁴ Cass. Com., 22-02-1994, Bull. civ. IV, n°17, D. 1995, p.24.

⁸²⁵ Cass. Civ., 07 janv. 1997, n°94-16.151, D. 1997, p.253, Obs. St. PIEDELIEVRE.

procédure collective. Néanmoins, la question de la date de la créance n'est pas tranchée, parce que la créance de dépens dont bénéficie souvent le trésor ou d'autres personnes, trouvent leur origine dans une contestation antérieure au jugement d'ouverture⁸²⁶. Ce qui peut avoir comme conséquence l'élargissement du domaine du privilège des frais de justice auxquels s'ajoute le critère d'utilité de la créance.

2- L'élargissement du domaine des privilèges de frais de justice

Les frais de justice privilégiés comprennent aussi les dépens. Jadis, la distinction entre frais et dépens était extrêmement difficile⁸²⁷. La question est tranchée en faisant recours au concept « *répétible* ». C'est ainsi que les dépens sont qualifiés de frais *répétibles*, donc susceptibles de répétition. Ils sont, à cet effet, supportés par le perdant du litige, sauf décision contraire de la juridiction. Or, en la matière, les frais qualifiés d'irrépétibles sont en même temps répétibles. Une autre distinction s'articule autour de : « *tarifés* » et « *non tarifés* ». Les frais tarifés sont arrangés dans la catégorie des dépens et les frais non tarifés dans celles des frais irrépétibles. Cette tarification peut se faire par décision du juge ou par voie réglementaire. En dehors de ceux-ci, tous les autres frais sont qualifiés d'irrépétibles, notamment, ceux indispensables à la conduite du procès⁸²⁸. Mais, le principe de spécialité limite le champ d'action du juge. C'est ce qui justifie le recours à l'expertise, notamment les compétences extrajudiciaires, indispensables au déroulement de bon nombre de procès, y compris celui collectif. Les professions libérales perçoivent, en général, des honoraires à titre de paiement. Ces rémunérations sont souvent qualifiées de privilège de frais de justice, c'est-à-dire arrangées dans le champ des frais privilégiés de justice afin de leur permettre d'obtenir un traitement de faveur. Seulement, les rétributions des professions libérales, pour bénéficier d'un traitement privilégié, en l'occurrence être dans le domaine des créances privilégiées de frais de justice, doivent réunir trois conditions. Elles doivent d'abord être nées postérieurement au jugement d'ouverture, ensuite, régulières et enfin, utiles à la procédure⁸²⁹. C'est cette dernière condition qui a motivé la décision de la chambre commerciale de la cour régulatrice, lors d'un appel jugé irrecevable, formulé contre un jugement arrêtant un plan de cession. La question centrale était de savoir si la créance du repreneur évincé était née pour les besoins du déroulement de la procédure. La réaction des

⁸²⁶ Répertoire de procédure civile, Dalloz, v. Frais et dépens, mars 2013, n°249 ; dans le même sens, v. Cass. Com. 09 déc. 1997, n°95-18.300, Bull. civ. IV, n°328, D. 1998, p. 381, Note M. PASTUREL ; v. Com. 17 févr. 1998, n°95-18.686, Bull. civ. IV, n°76, D. 1998, p. 381, Note M. PASTUREL ; Com. 24 nov. 1998, n°94-19.698, Bull. civ. IV, n°280, D. 1999, p.188, Obs. A. HONORAT.

⁸²⁷ Répertoire de procédure civile, Dalloz, v. Frais et dépens, Ibid., n°03.

⁸²⁸ Art 700 du Code de procédure civile français.

⁸²⁹ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. LGDJ, Op cit., n°461.

juges de la chambre commerciale de la Cour de cassation française a été positive⁸³⁰. Selon elle, la créance de dépens⁸³¹ est admise parmi les créances privilégiées de frais de justice. Elle trouve son origine dans la décision qui statue sur son sort. Et malgré que, des controverses existent sur l'antériorité et la postériorité de la créance, elle n'est qualifiée de créance postérieure privilégiée, que lorsque la décision est postérieure au jugement d'ouverture⁸³². Ces conditions relatives aux honoraires sont complétées par le critère de la tarification, c'est-à-dire que, les honoraires doivent être en amont tarifés⁸³³.

La notion d'utilité de la créance qui sert d'octroi de privilège de frais de justice est interprétée de façon extensive par les juges de la Cour de cassation qui précisent que l'appréciation du caractère utile d'une créance doit se faire en considération de l'utilité potentielle de l'opération et non de son utilité réelle appréciée *a posteriori*⁸³⁴. Par conséquent, l'élargissement du privilège ne fait aucun doute. Mais, la question cruciale demeure celle du paiement et, de surcroît prioritaire qui n'est réglée que par le régime.

B- Le régime des privilèges de frais de justice

Théoriquement, le régime désigne l'ensemble des règles applicables à une notion. Il s'agit de toutes les dispositions qui peuvent s'appliquer aux privilèges de frais engagés dans une procédure. Autrement dit, est-il possible de penser aux frais engagés dans une procédure extrajudiciaire telle que l'arbitrage ? La notion de frais de justice peut-elle s'étendre aux frais de l'arbitrage ? Avant d'aborder cette problématique, il est à souligner que le privilège confère aux créanciers de frais de justice une priorité de paiement (1) qui peut être mise à mal (2).

1- La priorité de paiement des créances de frais de justice

A priori, nous pensons que les frais de l'arbitrage, justice privée, par opposition à celle étatique, doivent être admis dans les procédures collectives et peuvent porter sur la réalisation d'un bien.

⁸³⁰ V. Cass. Com. 15 Oct. 2013, F-P+B, n°12-23.830, D. actu. 25 Oct. 2013, Obs A. LIENHARD ; D. 2013, p. 2461, Obs. A. LIENHARD ; dans le même et le même Arrêt, v. Ohadata D-14-12, Obs. P. ROUSSEL GALLE, p. 08.

⁸³¹ Pour plus d'information sur la créance de dépens dans la procédure collective du débiteur, v. PASTUREL (M.), Créance de dépens et débiteur en procédure collective, D. 1998, p. 381.

⁸³² Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, *Sté Hôtel de France c/ Duval et autres*, pourvoi n° 00-19038, arrêt n° 978 FS-P+B ; Com. 11 juin 2002, *Sté Schwind c/ URSSAF du Bas-Rhin*, pourvoi n° 00-12289, arrêt n° 1171 FS-P+B ; Com. 11 juin 2002, *Sté Schwind c/ EDF-GDF service Alsace et autres*, pourvoi n° 00-11.773, arrêt n° 1157 FS-P+B, RTD Com. 2002, p. 724, Obs. A. MARTIN-SERF ; Soc. 12 févr. 2003, n°410 FS-P+B, D. 2003. 1656, Obs. N. DAIMEZ ; RTD. Com. 2003, p.371, Obs. A. MARTIN-SERF.

⁸³³ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°736.

⁸³⁴ Com. 09 mai 2018, F-P+B, n°16-24.065, D. actu. 28 mai 2018, Obs. X. DELPECH.

Cette situation peut se solder par l'ouverture contre le débiteur, d'une procédure collective. Et d'ailleurs, la question de l'arbitrage et la procédure collective n'est pas inédite. Elle a été largement abordée en pratique et en doctrine⁸³⁵. Et, avec la réforme, le règlement extrajudiciaire, en l'occurrence, la conciliation a vu son entrée dans le droit des procédures collectives de l'OHADA. Ainsi, la notion de procédure collective englobe également la conciliation. Mais *a posteriori*, nous estimons que le premier (arbitrage) est fondé sur la liberté et la volonté individuelle des parties et la seconde (procédure collective) est imprégnée d'ordre public⁸³⁶. C'est n'est pas de la nostalgie pour l'étude du domaine des privilèges. La pratique connaît très souvent des deux procédures auxquelles nous ferons allusion dans l'étude du régime. Ainsi, nous ferons allusion uniquement aux impenses effectuées ou soulevées dans les procédures collectives.

Le paiement des créances de frais de justice de façon prioritaire ou le règlement privilégié de ces frais et dépens, en droit des procédures collectives de l'OHADA, ne fait aucun doute. L'arsenal législatif est suffisamment protecteur.

Les dépens dans l'ancien droit, occupaient le premier rang. Mais, avec la réforme, elles se trouvent relayées au second. Nous constatons qu'elles viennent avant les créanciers hypothécaires, les gagistes et les nantis dans le classement, car les sûretés immobilières occupent le quatrième rang et les sûretés mobilières le cinquième. La question qui se pose est de savoir si les frais permettent à leurs bénéficiaires d'obtenir une satisfaction avant le titulaire de garantie réelle ? Par ailleurs, les créances de frais de justice sont-elles prioritaires sur celles des titulaires de sûretés réelles traditionnelles dans la procédure collective de liquidation ? La réponse à ces différentes questions peut être recherchée dans le droit comparé.

En droit africain⁸³⁷, plusieurs décisions militent en faveur des créanciers des frais de la procédure ou des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire, les émoluments des mandataires judiciaires ou du syndic, y compris les autres impenses de la procédure, qui sont payés avant les créances garanties par des sûretés conventionnelles classiques. Et d'ailleurs, cette collocation des créances hypothécaires, après déduction des frais de justice et des indemnités salariales, se fait dans la plus grande collaboration entre les différents créanciers. La preuve, des créanciers hypothécaires ont consenti un abandon de

⁸³⁵ BORG (N.), DANIEL (J.), Arbitrage et procédure collective : de l'art de coordonner les procédures, D. 2013, p.2891.

⁸³⁶ BORG (N.), DANIEL (J.), Ibid., p.2891.

⁸³⁷ Le terme droit africain est utilisé dans ce travail pour désigner le droit des procédures collectives de l'OHADA.

créances⁸³⁸ afin de mieux désintéresser les créanciers de premier et de deuxième rang dans l'ancien droit. C'est là, une maturité des acteurs du monde des affaires africains. Un tel acte a lieu dans les contentieux de la réalisation immobilière et mobilière, puisque la cession globale d'actif a donné lieu à un règlement effectif des nantis après déduction des frais de justice, de conservation et des superprivilèges de salaires⁸³⁹. Et, lorsque le créancier privilégié n'agit pas dans le délai, le bénéfice du relevé de forclusion⁸⁴⁰ lui est offert afin qu'il puisse obtenir paiement. La primauté de paiement des créanciers de frais de justice ou de procédure est partagée par la doctrine. Cependant, elle déplore l'absence de leur détermination et par la pratique et par la doctrine. D'où l'intérêt de passer par le droit comparé français pour le faire⁸⁴¹. Ce qui fut fait.

Ainsi, comme en droit français, les frais de justice de l'AUPC sont ceux engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix. Par ce fait, les frais de justice comprennent les frais liés à la réalisation du bien, à l'exception des frais de justice ayant permis la condamnation du débiteur, et les frais concernant la distribution du prix, que cette répartition ait été consensuelle ou judiciaire. Le privilège des frais de justice couvre également tous les frais d'administration de la procédure collective, les émoluments dus aux mandataires de justice désignés. Le privilège des frais de justice n'est opposable qu'aux créanciers auxquels les frais ont été utiles⁸⁴². Il s'agit de tous les frais tarifés et les dépens qui ont profité au débiteur.

En droit comparé français, le régime de ces créances, bien qu'assorti d'un paiement prioritaire, est controversé, puisque la priorité de paiement de ces frais varie. Cependant, la jurisprudence majoritaire octroie un paiement prioritaire aux impenses engagées dans la procédure⁸⁴³. Néanmoins, l'absence de cohérence du régime d'une notion, est tributaire de sa qualification, car de celle-ci découlent les règles applicables, notamment le régime juridique. C'est cette faiblesse qui est le corollaire de la mise en mal du règlement prioritaire des titulaires de frais de justice dans les procédures collectives.

⁸³⁸ TRHC Dakar, Ordonnance de distribution n°549/2003 du 09 mai 2003, Ohadata J-05-137.

⁸³⁹ TRHC Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Ohadata J-05-105.

⁸⁴⁰ TGI du Noun, Ordonnance du 20 févr. 2009, Ohadata J-09-241, Obs. Y. KALIEU ELONGO.

⁸⁴¹ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°737.

⁸⁴² CROCQ (P.), Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire, RTD Civ. 1996 p.433 ; v. Com. 15 oct. 2013, F-P+B, n°12-23.830, D. actu. 2013, A. LIENHARD.

⁸⁴³ Com. 22 févr. 1994, n°91-21.202, D. 1995. p.24, Obs. A. HONORAT; v. Com. 28 juin 1994, D. 1994, p. 477 ; Com. 19 Oct. 1993, Bull. civ. IV, n°342, D. 1994, p.179, Obs. A. HONORAT.

2- La mise à mal de la priorité de paiement des créances de frais de justice

En ce qui concerne le paiement des frais de justice, force est de constater que le législateur laisse un terrain de discussions autour de leur régime, car la méthode législative utilisée doit être améliorée. L'utilisation de l'expression ordre de distribution dans les articles organisateurs laisse entendre une simple priorité de paiement et non un privilège véritable. Selon lui, *les deniers provenant de la réalisation des immeubles sont distribués dans l'ordre suivant : aux créanciers des frais de justice engagés pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix*⁸⁴⁴. Le législateur, à travers ces dispositions relativement en matière immobilière et mobilière, entend régler le problème du paiement par un simple système de classement. Mais, il prend soin d'utiliser la notion de privilège dans quelques cas de créance. C'est ainsi qu'en matière immobilière, les créances du premier et deuxième rang reçoivent l'appellation de privilège. Par contre, en matière mobilière, les créances bénéficiaires de cette nomination sont nombreuses. Elles comprennent les rangs premier, quatrième, cinquième, sixième et huitième.

Or, en la matière, les frais de justice sont protégés par une sûreté légale dénommée privilège qui peut être général ou spécial. C'est le premier qui couvre les dépenses de la procédure. Il a comme assiette l'ensemble des biens du débiteur. Mais, le cas d'espèce est gouverné par la nature du droit réel. Ainsi, le privilège général des frais portera sur l'ensemble des biens immobiliers ou mobiliers. Ceci étant, en parallèle avec la priorité de paiement, le privilège a une assiette que la priorité n'a pas. Et puisqu'aucun bien n'est affecté à sa constitution, elle ne peut être qualifiée de sûreté. Ce qui fait que la priorité de paiement en droit français instituée, par l'art 40 de la loi de 1985 dont dérive l'art L.622-17 relatif à la sauvegarde et au redressement judiciaire et l'art L.641-13 relatif à la liquidation judiciaire, est toujours malmenée, puisque, selon la jurisprudence, la priorité de paiement instituée par l'art 40 qui ne dépend pas de la qualité de la créance, ne constitue pas un privilège au sens de l'art 2095 du Code civil⁸⁴⁵. Certes, les créances visées à l'art 40 sont relatives aux créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure dont la protection a pu bénéficier au liquidateur qui, en évoquant le privilège des frais de justice pour le paiement de ses émoluments, n'avait contribué en rien à la réalisation des immeubles et ne justifiait pas non plus avoir exposé d'autres frais ayant pu être utiles à la banque créancière ayant poursuivi la vente⁸⁴⁶. Cette solution est conforme au droit des

⁸⁴⁴ Art 166 -2° et 167 -2° de l'AUPC.

⁸⁴⁵ Com. 05-02-2002, n°98-18.018 (n°338 FS-P), D. 2002, p. 805, Obs. A. LIENHARD.

⁸⁴⁶ Com. 31 mars 1998, RTD Com. 1998, p. 941, Obs. A. MARTIN-SERF.

procédures collectives de l'OHADA. Mais, elle met en mal la priorité de paiement du titulaire des frais de justice. C'est cette priorité de paiement du mandataire judiciaire malmenée que la Cour régulatrice a corrigé en cassant l'arrêt d'appel. Une telle position est critiquable. Elle fait nourrir un sentiment d'injustice⁸⁴⁷ et encourage l'inertie du liquidateur, puisque, à titre de rappel, le paiement prioritaire du créancier hypothécaire était le résultat d'une inaction du syndic liquidateur.

Mieux, la notion de frais de justice n'est pas suffisamment précise. S'agit-il des frais antérieurs ou postérieurs ou même des deux ? Le législateur reste silencieux. Or, la réalisation d'un bien peut commencer avant l'ouverture de la procédure et se terminer au cours de celle-ci. Et d'ailleurs, la doctrine⁸⁴⁸ est unanime là-dessus. Toutes les créances de dépens naissent antérieurement à l'ouverture de la procédure. Même si cette vision n'est pas partagée en pratique, parce que, selon la jurisprudence, la créance de dépens naît du prononcé de la décision qui l'autorise⁸⁴⁹. Elle ne demeure pas moins bonne, car l'ancien droit est inspiré de la loi française de 1967 qui vise les frais antérieurs. Or, en l'espèce, les dispositions relatives aux frais, en droit des procédures collectives de l'OHADA, même avec la réforme, n'ont pas subi de modification dans leur domaine. Ce qui fait qu'on peut bel et bien se prononcer en faveur de la thèse antérieure. La doctrine est partagée sur la question. Une partie pense que la priorité de paiement concerne les frais de justice antérieurs, une autre, les frais postérieurs. Il existe une troisième tendance qui pense les deux⁸⁵⁰. Mais, pour des soucis d'égalité de traitement entre les créanciers antérieurs, nous pensons qu'il faille maintenir comme prioritaires, les créances nées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective et qui justifient les deux autres critères, à savoir, la régularité et l'utilité. Les créanciers privilégiés postérieurs ne se limitent pas uniquement à ceux des frais de justice, sont également compris les frais de conservation.

Paragraphe II : Le privilège des frais de conservation lors de la liquidation des biens

De prime abord, il est à souligner que le privilège des frais de conservation est limité aux meubles. A l'égard des immeubles, un privilège différent est prévu qui, à certains égards, a un

⁸⁴⁷ MARTIN-SERF (A.), Ibid., p.941.

⁸⁴⁸ ROUSSEL GALLE (P.), Qualification des créances, in Chronique de droit des entreprises en difficulté, Ohadata D-14-12, Op cit., pp.08-09 .

⁸⁴⁹ Cass. 3e civ., 12 juin 2002, Sté Hôtel de France c/ Duval et autres, pourvoi n° 00-19038, arrêt n° 978 FS-P+B ; Com. 11 juin 2002, Sté Schwind c/ URSSAF du Bas-Rhin, pourvoi n° 00-12289, arrêt n° 1171 FS-P+B ; Com. 11 juin 2002, Sté Schwind c/ EDF-GDF service Alsace et autres, pourvoi n° 00-11.773, arrêt n° 1157 FS-P+B, RTD Com. 2002, p. 724, Obs. A. MARTIN-SERF ; Soc. 12 févr. 2003, n°410 FS-P+B, D. 2003. 1656, Obs. N. DAIMEZ ; RTD. Com. 2003, p.371.

⁸⁵⁰ MARTIN-SERF (A.), Op cit., p.941.

domaine plus large⁸⁵¹. Donc, le privilège ne garantit que des frais de conservation. Rappelons que la notion de frais est entendue de façon restrictive. Elle englobe seulement le remboursement des dépenses et la rémunération des services accomplis par le créancier, en l'occurrence la prestation effectuée par le conservateur. Ici, il serait question des frais de conservation postérieurs à l'ouverture de la procédure collective. Cependant, leur champ d'application est difficile à cerner en pratique. Ce qui fait qu'il est nécessaire de déterminer les créances conservatrices (A) avant de se pencher à l'ultime question de leur régime (B).

A- La détermination des créances de la conservation

La détermination signifie l'action de déterminer une chose. Ici, elle a une définition fonctionnelle, par opposition à celle restrictive. En gros, il s'agit de faire la part et dire qui est conservateur, qui ne l'est pas (1) et quelles sont les créances visées ou les conditions relatives à celles-ci (2).

1- Notion de conservateur

Le conservateur est celui qui empêche la chose de périr, par exemple, la dispense de soins à un animal ou le paiement de droits de douane permettant l'embarquement d'une marchandise périssable. C'est une notion toute statique par opposition à celle dynamique : l'esprit conservateur n'est pas celui de la modernisation. Elle n'est ni la création, ni l'amélioration, ni même, toujours, la réparation⁸⁵². Ainsi, la Cour de cassation a décidé que le privilège ne peut être invoqué par celui qui a contribué à faire naître une créance dans le patrimoine du débiteur. De même, le privilège n'est pas accordé, en cas d'amélioration, qui n'avait pas pour objet d'empêcher la perte de la chose. Et même le remplacement ne donne droit au privilège que s'il était nécessaire et urgent. La Cour de cassation française a affirmé que l'expertise amiable ne peut être considérée comme une prestation effectuée pour la conservation de la chose⁸⁵³. De ce fait, l'expert n'est pas un conservateur. L'argument avancé par la Cour est le suivant : *le privilège spécial de l'art 2102, 3° du C. civ ne peut porter que sur un meuble déterminé et non sur l'ensemble du patrimoine d'un débiteur*. Cette disposition est le pendant de l'art 189 de l'AUS en droit OHADA qui dispose que : « *Celui qui a exposé des frais ou fourni des prestations pour éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée a un privilège sur ce meuble* ». Cette disposition indique explicitement la personne du

⁸⁵¹ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. LGDJ, Op cit., n°603.

⁸⁵² MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll. LGDJ, Op cit., n°603.

⁸⁵³ Cass. Civ. 07-01-1997, n°94-16.151, D. 1997 p.253, Obs. St. PIEDELIEVRE.

conservateur par l'expression « *celui* ». A lire le législateur, nous retenons deux concepts clés comme en droit français, à savoir, les *frais* et les *prestations*. Cette position jurisprudentielle est applicable en droit OHADA. Mais à la différence de celui-ci, le droit français des procédures collectives a inclus les privilèges de conservations dans les frais de justice. Or, en la matière, ces privilèges de frais de justice sont généraux et doivent porter sur l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers du débiteur, de même en droit OHADA. Néanmoins, la particularité du droit des procédures collectives fait que ces privilèges n'ont comme assiette que le bien à réaliser.

Le conservateur est différent de celui qui travaille à la conservation des hypothèques et qui est aussi appelé « *conservateur* ». Il est aussi à distinguer du conservateur d'un musée ou d'une bibliothèque. Partant, la question se pose de savoir si le liquidateur peut avoir la qualité de conservateur. Cette question n'a pas été abordée directement par le législateur. Mais, ce dernier a donné les attributs du liquidateur et du conservateur. Le syndic liquidateur a pour mission de réaliser l'actif afin d'apurer le passif. Dans cette mission, il porte la double casquette, celle de représentant des créanciers et du débiteur. Donc, il est présumé apporter tous les soins nécessaires pour préserver le patrimoine à liquider et l'exercice du droit des créanciers. De ce fait, il assure une mission de conservateur qui peut lui donner droit au remboursement des frais engagés. Telle a été la position des juges d'une Cour d'appel dont la décision a été cassée au motif que « *la gestion d'affaires, qui implique l'intention du gérant d'agir pour le compte et dans l'intérêt du maître de l'ouvrage, est incompatible avec l'exécution d'une obligation légale telle que celle imposant au liquidateur de prendre des mesures conservatoires pour garantir l'exercice effectif du droit à revendication*⁸⁵⁴ ». Selon elle, l'attitude du liquidateur s'analyse comme l'exécution d'une obligation légale qui pèse sur lui. Or, en la matière, la créance conservatrice naît, en principe, de l'exécution d'une obligation, peu importe la nature de celle-ci. C'est le cas, dans le contrat de dépôt, où le dépositaire a une obligation de conservation, car il doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent. L'obligation du mandataire judiciaire s'apparente à celle du dépositaire. Mais, la Cour de cassation française nie la qualité de gérant d'affaires et, de surcroît pas au bénéfice du revendiquant⁸⁵⁵. Nous pourrions même lui reprocher d'être un peu sévère dans son dispositif, puisque les frais de gardiennage et d'enlèvement étaient bien dans l'intérêt

⁸⁵⁴ Com. 13-01-2015, n°13-11.550 (n°34 F-P+B), D. 2015, p. 207 ; v. RTD Civ. 2015, p. 444, Obs. P CROCQ ; RTD Com. 2015, p. 592, Obs. A MARTIN-SERF.

⁸⁵⁵ V. RTD Civ. 2015, p.444, Obs. P. CROCQ.

du créancier revendiquant. Le liquidateur est donc bel et bien un conservateur mais pas comme les autres, puisqu'il lui manquait certaines conditions.

2- Conditions relatives à la créance du conservateur

La créance du conservateur justifie sa qualité de créancier. Elle est constituée de frais et de prestations effectués dans un contrat donnant lieu à cette obligation ou quasi contrat. Selon, le législateur du droit des sûretés, la créance doit *éviter la disparition d'une chose ou sauvegarder l'usage auquel elle est destinée*. Au regard de cette disposition, deux critères sautent à l'œil, en l'occurrence, *éviter la disparition* et *sauvegarder l'usage*. Rappelons de passage, qu'à la différence du *new money* qui tire son privilège d'un texte spécifique, le conservateur puise son privilège du droit des garanties. Les conditions de ce droit ne suffisent pas dans les procédures collectives. D'où l'intérêt d'interroger celles-ci pour se situer. Le législateur du droit des procédures collectives de l'OHADA précise que : « *Sans préjudice de l'exercice d'un éventuel droit de rétention ou d'un droit exclusif au paiement, les deniers provenant de la réalisation des meubles sont distribués dans l'ordre suivant : 3° aux créanciers de frais engagés pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date...* ». Ici, le conservateur occupe le troisième rang contrairement à l'ancien droit qui lui offrait le deuxième. Cette disposition prévoit trois conditions qui peuvent être résumées en deux : les frais de conservation du bien grevé et ceux des titres antérieurs.

En ce qui concerne la première, le législateur ne définit pas les frais qui entrent dans la conservation. Pour les définir, il faut se référer à l'article 189 de l'AUS qui dispose : « *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...* ». Donc, nous avons les frais exposés et les prestations fournies. C'est seulement ces dernières qui n'ont pas été évoquées par le droit des procédures collectives.

La notion de frais regroupe ainsi, les prestations effectuées en vue de conserver le bien du débiteur, mais dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date. Les maîtres mots sont : les frais de conservation et l'intérêt commun du créancier. Seulement, en droit français, le terme créancier s'emploie au pluriel, parce que ce droit ne fait pas de distinction entre créance de frais de conservation et celle de frais de justice. Elles doivent être effectuées dans l'intérêt commun des créanciers⁸⁵⁶. Les deux sont traitées ensemble et sont toutes rangées dans la

⁸⁵⁶ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°738.

catégorie des privilèges de frais de justice. L'inconvénient est qu'ils sont tous des privilèges généraux. Or, le privilège de conservation est spécial et mobilier. C'est ce qui a fait que les juges de la Cour de cassation ont affirmé que *les honoraires d'une expertise amiable ne peuvent être considérés comme des frais engagés pour la conservation de la chose*⁸⁵⁷. Elle relève que *l'expertise ne tend pas au sauvetage d'un bien, mais n'a eu lieu qu'à défaut de fixation des dommages de gré à gré*.

Ces deux critères⁸⁵⁸ sont partagés par la doctrine et sont valables pour les deux droits, notamment, français et africain. Nous partageons cette démarche tout en mettant l'accent sur une situation qui peut, à notre entendement, être qualifié de l'art de mal légiférer. Il s'agit de l'utilisation de l'expression, « *dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date* ». Nous pensons qu'il serait mieux, pour le législateur, de faire un choix entre le singulier et le pluriel au lieu de les cumuler, cumul qui risque d'être une cause de confusion. Dans l'hypothèse où le privilège de conservation ne peut porter que sur un seul bien mobilier, il est conseillé de parler d'un titre qui servira de preuve. Cependant, nous comprenons l'attitude du législateur étant entendu qu'un créancier peut avoir plusieurs titres qui doivent être antérieurs. En dehors de cette précision terminologique, la question du paiement demeure cruciale, lorsque les conditions relatives à la créance sont établies. Elle est le résultat du régime.

B- Le régime des créances de la conservation

Il s'agit de l'ensemble des dispositions relevant du droit des sûretés et des procédures collectives. Le privilège des frais de conservation « est sans doute le plus vivant et le plus important des privilèges mobiliers, traits qui tiennent, non seulement à sa généralité, mais aussi à la nature qui « voue les choses » à un dépérissement qui n'est élué ou différé qu'au prix d'efforts constants⁸⁵⁹ ». C'est dans cette même logique qu'une partie de la doctrine parle de « privilège décevant ». Ainsi, le conservateur bénéficie d'une priorité de paiement (1), par rapport aux titulaires de sûretés conventionnelles traditionnelles. Néanmoins, cette priorité est fortement encadrée (2).

⁸⁵⁷ Cass. Civ 07-01-1997, n°94-16.151, D. 1997 p.253, Obs. St. PIEDELIEVRE.

⁸⁵⁸ Il s'agit des frais de conservation et l'intérêt des créanciers, c'est-à-dire que ces frais doivent être engagés dans l'intérêt commun des créanciers.

⁸⁵⁹ CABRILLAC et MOULY, Droit des sûretés, 4^{ème} éd., n°657 in PIEDELIEVRE (St.), Note ss Cass. Civ 07-01-1997, n°94-16.151, Op cit. p.253.

1- La priorité de paiement du conservateur

Le créancier conservateur, lorsque son droit est établi contre le débiteur bénéficie, en principe, d'un paiement prioritaire qui s'analyse au regard de tous les créanciers de l'entreprise débitrice, en l'occurrence, ceux titulaires de sûretés réelles conventionnelles mobilières et non immobilières. Cette situation s'explique par le fait que le privilège du conservateur, sûreté légale, ne s'étend que sur le domaine mobilier et cela, peu importe que le bien soit un meuble corporel ou incorporel. C'est ce qui découle des dispositions de l'article 167 de l'AUPC qui met le conservateur au troisième rang du paiement et le bénéficiaire de la sûreté conventionnelle mobilière au cinquième. Ainsi, dans la liquidation des biens ou dans les procédures collectives, lorsqu'il s'agira de l'ordre de paiement, force doit rester à cette disposition. La jurisprudence en droit OHADA, en tout cas, à notre connaissance, reste fidèle à la démarche du législateur, exprimée dans une ordonnance de distribution, réalisée en tenant compte des prescriptions législatives en la matière⁸⁶⁰. Les frais engagés pour la conservation ont été déduits avant d'intéresser les nantis de premier rang⁸⁶¹. Cette décision a été prise sous l'empire de l'ancien droit. Sa portée risque d'être limitée, au regard des nouvelles méthodes de réalisation, prévues par le droit réformé des sûretés et validées, en partie, par le droit réformé des procédures collectives. Il s'agit de la mise en œuvre du droit exclusif des titulaires de sûretés réelles classiques, à savoir : l'attribution judiciaire et conventionnelle. La doctrine⁸⁶² partage largement la dernière méthode, notamment, le pacte comissoire dont la mise en jeu n'est restreinte par aucune disposition⁸⁶³. Quant à la première alternative⁸⁶⁴, elle reste tout de même applicable, puisque le débiteur n'étant plus viable, rien ne sert de paralyser les droits des créanciers munis de sûretés⁸⁶⁵. En plus, le bénéficiaire de la garantie réelle traditionnelle mobilière peut bénéficier en amont des opérations de réalisation du gage ou du nantissement, des prérogatives prévues par l'art 149 de l'AUPC. La question qui se pose est de savoir qui va supporter les

⁸⁶⁰ Il s'agit des dispositions des articles 164 et 167 de l'AUPC.

⁸⁶¹ TRHC Dakar, Ord. de distr. n° 1447/2001, 15 nov. 2001., Ohadata J-05-105.

⁸⁶² CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, La modernisation de l'acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, Dr et prat., n°523, Déc. 2015, p.30.

⁸⁶³ V. à propos les dispositions des articles 75 et 150 de l'AUPC.

⁸⁶⁴ Il s'agit de l'attribution judiciaire. Pendant longtemps, cette pratique est restée condamnée pour des questions d'égalités entre les créanciers. Or, nous savions que, cette également n'existe qu'entre les chirographaires. Sinon, la masse des créanciers est toujours couronnée de traitement inégalitaire. Bien vrai que le but recherché demeure l'égalité entre les créanciers, celle-ci ne peut voir le jour dans les procédures collectives et cela peu important qu'il s'agit des créanciers dans la masse ou de la masse ou même hors de la masse. Il va y avoir toujours une discrimination entre les créances justifiée par l'origine différente des créances et les garanties afférentes à celles-ci. Donc, il ne sert à rien de paralyser l'attribution du bien grevé au profit des créanciers concernés au nom d'une égalité qui n'a jamais vu le jour en tout cas à notre connaissance.

⁸⁶⁵ CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, La modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives d'apurement du passif, Dr et prat., Op cit., p.30.

frais de conservation, en présence des faveurs accordées au créancier, qu'il s'agisse d'attribuer ou de retirer le bien contre remboursement au profit de la masse ou même d'une action individuelle du créancier ? La question de qui devrait supporter les charges de conservation demeure. Pour bien la cerner, il est nécessaire de recourir au droit comparé. Mais avant, il est à rappeler que la conservation, dans la procédure collective, de même que la délégation en droit, réunissent généralement trois personnes. Il s'agit, du débiteur, du conservateur et du créancier. La chambre commerciale de la Cour de cassation française a connu une affaire similaire en 2015⁸⁶⁶. Même si les faits étaient un peu différents, parce que l'affaire concernait la revendication par un bailleur de quatre véhicules donnés en location à une société, mise ultérieurement en redressement, puis en liquidation judiciaire. La question centrale demeure : celle de savoir qui doit supporter les frais engagés dans la conservation. Est-ce, le bailleur ou le liquidateur qui représente le débiteur ? A cette question, la Cour de cassation affirme que c'est le liquidateur qui doit assumer les charges, au motif que la gestion d'affaires sur laquelle se focalisaient les juges de la Cour d'appel de Nancy est inapplicable aux frais engagés par un liquidateur judiciaire. En présence d'un gage de véhicule, les juges de la Haute juridiction risquent d'affirmer la même chose en faisant supporter les frais de gardiennage et d'enlèvement par le syndic liquidateur en opposant à ce dernier que cela relève de son obligation légale. Cependant, cette même Cour admet le privilège du conservateur à celui qui acquitte les frais de dédouanement et évite ainsi que les marchandises ne soient abandonnées à quai⁸⁶⁷. De même, concernant les animaux, elle admet le privilège garantissant les soins prodigués par le créancier et qui ont permis de sauver l'animal et cela, peu importe que ces derniers soient ou non identifiables. Et, c'est surtout en matière d'équipement qu'il existe une pléthore de décisions. La Cour de cassation reconnaît le privilège du conservateur au fournisseur d'équipements radiophoniques qui « permettaient de prévenir la perte totale ou partielle des navires » à bord desquels ils étaient embarqués⁸⁶⁸. Dans le même sens, en matière d'automobile, le garagiste peut se prévaloir du privilège de conservateur uniquement pour le remplacement de pièces assurant la sécurité du véhicule⁸⁶⁹. Toutes ces positions sont applicables en droit OHADA.

Vu la particularité de ce privilège et son importance très élevée en doctrine et en pratique, il doit être encadré pour éviter une dénaturalisation.

⁸⁶⁶ Cass. com., 13 janv. 2015, arrêt n°13-11.550, D. 2015. 207 ; RTD Civ. 2015 p. 444, Obs. P. CROCQ.

⁸⁶⁷ Cass. Com., 16 janv. 1969, Bull. civ. IV, n°223.

⁸⁶⁸ Cass. Com., 09 Oct. 1984, n°83-15.370, Bull. civ. IV, n°259, RTD Civ. 1985, p. 746, Obs. GIVERDON et SALVAGE-GEREST. Dans le même sens, en matière automobile

⁸⁶⁹ Dijon, 05 avr. 1994, Juris- Data n°1994-042708 ; Angers, 05 avr. 1990, Juris-Data n°1990-043033.

2- Une priorité de paiement du conservateur, encadrée

L'encadrement de la priorité du paiement porte sur les frais entrant dans la conservation et surtout les conditions relatives à celle-ci. Il n'est pas explicitement prévu par le législateur, mais cette situation peut être déduite facilement de la politique législative, car à la différence du droit français des procédures collectives, celui OHADA prévoit distinctement le privilège du conservateur sans le cumuler avec celui des frais de justice, comme en France. Il l'a fait afin de bien organiser son régime et cadrer également son domaine, même si la pratique reste divisée sur cette question. Pour mieux cerner cette partie, il est nécessaire d'aborder, d'une part, les restrictions encadrant la priorité du conservateur et, d'autre part, les atteintes à cette pratique.

Par rapport à la première hypothèse, la Cour de cassation, dans son arrêt du 07 janvier 1997⁸⁷⁰, rappelle que les conditions de ce privilège sont strictes et ils ne doivent pas être étendus exagérément. Selon elle, le privilège spécial ne peut porter que sur un meuble déterminé et non sur l'ensemble du patrimoine d'un débiteur. Elle relève aussi que l'expertise ne tend pas au sauvetage d'un bien et n'a lieu qu'à défaut de fixation des dommages de gré à gré. Mais, en l'absence de cette expertise, il peut y avoir une sous-évaluation ou surévaluation du dommage. La question qui se pose est celle de savoir si le dommage est synonyme de bien. La réponse à cette question est positive. Donc, à qui profite ce bien ? Evidemment au créancier. Il s'agit d'un droit incorporel né dans le patrimoine du créancier. Or, en la matière, la conservation porte également sur la valeur du bien, sauf que, ce dernier doit appartenir au débiteur. Et dans le cas d'espèce, le dommage peut être considéré comme appartenant à l'assureur, puisque, l'assurance porte sur le dommage, notamment, l'assurance de dommage. La conservation ne porte pas sur l'ensemble du patrimoine mais seulement sur la valeur du dommage. Et, celui qui a permis le maintien d'une valeur dans le patrimoine du débiteur doit bénéficier d'une cause de préférence sur elle⁸⁷¹. Ainsi, la chambre civile de la Cour de cassation a fait une interprétation restrictive des conditions de la conservation. Sinon l'expert pouvait avoir, comme assiette de sa sûreté, la somme entrant dans le dommage évalué. Et le problème de l'intérêt du créancier ne serait pas posé, parce que l'expertise a été effectuée dans l'intérêt de l'assuré et de l'assureur. A cet effet, nous pouvons, affirmer sans risque de se tromper, que l'intérêt commun des créanciers a été pris en compte. Et d'ailleurs, la somme qui serait versée par l'assureur servira de paiement des créanciers. Il en est ainsi de l'avance des frais de transport d'œufs et de poussins, car, la Cour

⁸⁷⁰ V. D. 1997, p.253, Obs St. PIEDELIEVRE.

⁸⁷¹ SIDIBE (H. -S.), Le sort des créanciers postérieurs en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA), Op cit., n°738.

de cassation affirme qu'il n'est nullement démontré que sans elle, cette société n'aurait pu écouler sur le marché intérieur des marchandises qui n'étaient pas en péril imminent⁸⁷². Toutes ces décisions sont applicables en droit OHADA et participent à l'encadrement du privilège de conservation. Néanmoins, force est de constater que de tels privilèges constituent un handicap majeur au droit de paiement prioritaire des garanties réelles traditionnelles, notamment, l'hypothèque, le gage et le nantissement.

En outre, les restrictions ou sacrifices imposés aux droits des créanciers titulaires de sûretés réelles classiques s'étendent également à ceux des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles.

⁸⁷² Com. 11 déc. 1968, Bull. civ. IV, n°356 in Rép. Civ. Dalloz, v. Privilèges mobiliers spéciaux, juil. 2015, n°124.

Conclusion du titre I

A la fin de ce titre, nous constatons que les créanciers munis de sûretés réelles classiques sont primés par deux formes de créances dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des biens du débiteur. Il s'agit des créances antérieures et postérieures privilégiées.

Les premières sont celles qui sont nées antérieurement à l'ouverture de la procédure. Elles concernent les créanciers bénéficiant du privilège de *new money* (les créanciers conciliant, les créanciers du règlement préventif), les créanciers du salaire superprivilégiés et les créances de la conservation. Et, les secondes portent sur d'abord, les créances de *new money* nées lors du redressement judiciaire, ensuite, les créances de frais de justice et enfin celles de conservation postérieure à l'ouverture du jugement.

La raison de leur primauté est diverse. Certaines priorités de paiement, notamment, celles des titulaires du *privilège d'argent frais* s'expliquent par le nouvel apport en trésorerie accordé au débiteur en vue de permettre à celui-ci de retrouver une santé financière. Et d'autres, en l'occurrence, les travailleurs vont bénéficier d'un traitement préférentiel en raison du caractère superprivilégié de leurs créances. En ce qui concerne les dernières, notamment, les créances de frais de justice, leur préférence s'apprécie par rapport à leur utilité dans la procédure.

Tous ces facteurs sont de nature à restreindre le droit de paiement prioritaire et même effectif des créanciers bénéficiaires de garanties réelles classiques. Néanmoins, ils peuvent se ménager une position d'exclusivité qui risque d'être inefficace lors du traitement préventif.

Titre II : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles

Le droit des procédures collectives en particulier et, de façon générale, celui des entreprises en difficulté, est une discipline dérogatoire. Il supprime les autres disciplines du droit en restreignant ou en neutralisant leur effet. Il embrasse plusieurs domaines du droit, notamment, le droit des sociétés, le droit des biens, le droit des voies d'exécution et du recouvrement des créances, le droit des sûretés etc. C'est surtout ce dernier qui concerne notre réflexion.

Les titulaires de garanties vont subir des restrictions relatives à leur droit. C'est dans ce cadre que les sûretés interviennent. Sécurisé le lien contractuel qui existe entre le créancier et le débiteur, asseoir la confiance du créancier tel est l'un des objectifs principaux de ces garanties. Partant, certaines méthodes résultent de l'utilisation de la propriété comme accessoire d'une créance et d'autres, d'un refus de restitution du bien, objet de la créance, jusqu'au complet paiement. La première est appelée la « propriété-sûreté » et la seconde, le « droit de rétention ». Avec la réforme de 2010, ce dernier a vu son régime détaché de celui du gage. Ainsi, elle devient une nouveauté, de même que, la sûreté-propriété, notamment, la propriété retenue ou cédée à titre de garantie⁸⁷³, formant par conséquent, la catégorie des sûretés réelles nouvelles. Mais, quel que soit le degré de protection du fournisseur de crédit, rien ne peut l'assurer du paiement total de sa créance, en présence, d'une procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur. Ainsi, tous les créanciers vont subir des atteintes à leur droit. La situation se comprend aisément pour les titulaires de droit personnel qui ont cru en la personne de leur débiteur. Cependant, l'extension de l'atteinte au droit des personnes, qui ont exigé des garanties, en lieu et place de leur confiance, dénote de la volonté du législateur de protéger l'entreprise débitrice. C'est ainsi que, des propriétaires vont voir leur droit restreint (Chapitre I), de même que les rétenteurs (Chapitre II).

⁸⁷³ A propos de cette sûreté, v. KALIEU ELONGO (Y. R), La propriété retenue ou cédée à titre de garantie in Encyclopédie du droit OHADA, ss la dir de P. -G. POUGOUE, éd. Lamy, 2011, p. 1443.

Chapitre I : Les restrictions aux droits des créanciers propriétaires

Le statut de créancier propriétaire découle de l'utilisation de la propriété à titre de garantie. La question se pose de savoir qu'est-ce que la propriété ? Titre d'un célèbre ouvrage de Proudhon⁸⁷⁴, la question revêt aujourd'hui encore une grande actualité. Le domaine de la propriété n'a en effet cessé de s'élargir : étendu aux biens immatériels, utilisés à titre de sûreté. Le droit de propriété apparaît ainsi comme une notion aux contours flous, au point que certains considèrent qu'il n'est pas possible de le définir⁸⁷⁵. Le législateur français, à travers l'art 544 du Code civil évoque ses caractères, sans se prononcer sur sa définition. Il précise que le droit de propriété est le droit le plus absolu. Cette situation met le propriétaire dans un état de supériorité lui permettant de tout faire. Néanmoins, cette prérogative est limitée pour cause d'utilité publique. Et, la sacralité de la propriété n'est plus d'actualité avec l'utilisation de ce droit réel comme accessoire d'une créance⁸⁷⁶. Donc, le droit réel principal, par excellence, devient secondaire. Cette restriction législative est encore plus d'actualité en présence d'un traitement judiciaire des difficultés du débiteur défaillant et est valable, selon qu'il s'agisse de la propriété réservée (Section I) ou cédée (Section II) à titre de garantie.

Section I : Les restrictions relatives à la propriété réservée

La propriété d'un bien peut être réservée par un vendeur ou fournisseur dans sa relation avec son client. Mais, ce qu'il faut retenir est que : le propriétaire se trouve dépossédé volontairement de son bien au profit du débiteur, c'est-à-dire qu'il n'est plus titulaire de l'ensemble des attributs du droit de propriété tel que prévu par l'art 544 du Code civil français. Et lorsque l'entreprise débitrice rencontre des difficultés pour rembourser sa dette ou ses dettes de façon générale, une période s'ouvre, celle des procédures collectives. Le propriétaire n'a qu'une seule alternative, revendiquer son bien. Pour ce faire, le droit exige qu'il apporte la preuve de son droit de propriété. Ainsi, entre en jeu l'action en revendication, à la différence de la saisie revendication, réservée au débiteur *in bonis*. Mais, les restrictions relatives à la procédure de revendication en pratique limitent les pouvoirs du propriétaire (Paragraphe I). Il s'y ajoute d'autres restrictions relativement à la réserve de propriété (Paragraphe II).

⁸⁷⁴ PROUDHON (P. - J.), *Qu'est-ce que la propriété*, « Les classiques de la philosophie » éd. Le livre de Poche, 2009, Consulté sur www.livredepoche.com le 09 nov. 2017.

⁸⁷⁵ ATIAS (Ch.), *Droit civil, Les biens*, éd. Litec, 2000, p. 77, n°59.

⁸⁷⁶ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, Coll., Op cit., p.203 ; BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), *Droit des sûretés*, SIREY, Op cit., p.335.

Paragraphe I : Les restrictions relatives à la procédure de revendication

L'action en revendication permet au propriétaire « de faire reconnaître son droit de propriété » sur la chose et d'en obtenir ainsi la restitution. Il se peut toutefois, que le bien ait été revendu à un tiers, auquel cas le réservataire revendiquera non pas la chose elle-même, mais le prix de revente de celle-ci. Qu'il s'agisse de la chose ou de son prix, l'exercice de la revendication est soumise à un aménagement (A) qui se manifeste par l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure collective (B).

A- L'aménagement dans l'exercice de la revendication

La revendication peut être amiable ou judiciaire. Mais, peu importe la forme de la revendication, elle doit être élaborée sous forme de demande qui est conditionnée, en pratique, à l'exigence d'invitation à se prononcer sur le droit de propriété (1) et à un délai rigoureux (2).

1- L'exigence d'invitation à se prononcer sur le droit de propriété

L'action est un *pouvoir reconnu aux sujets de droit de s'adresser à la justice pour obtenir le respect de leurs droits ou de leurs intérêts légitimes. Elle désigne aussi le droit pour l'adversaire de discuter le bien-fondé de la prétention émise contre lui*⁸⁷⁷. Cette prérogative accordée au sujet de droit permet au réservataire d'asseoir sa qualité de propriétaire et, par conséquent, d'être à nouveau possesseur de son bien afin de le réaliser pour se faire payer. La demande du créancier est revêtue de forme⁸⁷⁸.

Le formalisme, selon le vocabulaire juridique, désigne la *tendance générale, dans une législation, à multiplier les formalités dans la formation des actes juridiques ou l'exercice des droits, soit à des fins de preuve, soit à des fins de publicité, soit à peine de nullité*. Dans le cas d'espèce, l'absence de formalité est synonyme d'éviction de la demande en revendication. Mais, concrètement, que prévoit le législateur du droit des sûretés. Celui-ci nous informe, qu'à défaut de complet paiement à l'échéance, le créancier peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer⁸⁷⁹. Au regard de cette disposition, aucune exigence substantielle ne ressort en principe. Lorsqu'il s'agit du débiteur in bonis qui n'est pas soumis à un traitement judiciaire, la réalisation du droit de propriété n'entraîne pas une conséquence

⁸⁷⁷ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 25 éd. 2017-2018, v. Action.

⁸⁷⁸ Rappelons que la demande de revendication doit être rédigée sous forme de lettre au porteur contre récépissé ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout moyen laissant trace écrite adressé au syndic qui peut l'acquiescer (art 101-3 al. 2).

⁸⁷⁹ Art 77 alinéa 1^{er} de l'A.U.S.

majeure. En revanche, le cas du débiteur défaillant est considérable, vu l'apparence de solvabilité qu'il crée. C'est pourquoi, le droit des procédures collectives a élaboré des mécanismes d'encadrement qui peuvent aboutir à des effets pervers. L'un d'eux est l'action en revendication. Pour la mettre en œuvre, le propriétaire doit d'abord produire sa créance⁸⁸⁰, ensuite vient l'étape de la vérification, le tout couronné, enfin par la prise de décision de l'organe compétant. Cependant, avec la réforme du droit des procédures collectives de l'OHADA, le législateur a reconnu de façon explicite la possibilité de réaliser la propriété-sûreté, conformément aux dispositions de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁸⁸¹. Nous pouvons lui reprocher d'en faire de façon parcellaire, puisqu'il ne vise que la clause de réserve de propriété, abstraction faite de la propriété cédée. Ainsi, le principe de la revendication vient d'être consacré, sans aucune exigence sur le fond de la demande. Il faut souligner tout de même, que la volonté du revendiquant de revendiquer le bien ou son prix doit être explicite et clairement annoncée dans la requête. C'est ce qui découle de la décision de la Cour de cassation française⁸⁸². Les faits de l'espèce sont les suivants :

Un contrat de location d'un chariot élévateur est conclu entre la société Emballages Industriels de France Comté, locataire, et la société GE Capital Equipement Finance, bailleuse. Le 16 juin 2009, puis le 13 avril 2010, la société locataire fait successivement l'objet d'un redressement et d'une liquidation judiciaires. Par lettre du 17 juillet 2009, la société créancière demande à la débitrice de prendre position sur la poursuite du contrat de location. Puis, après avoir vainement revendiqué le bien le 28 avril 2010, elle présente au juge-commissaire une requête en revendication à laquelle, celui-ci fait droit. Par jugement du 26 novembre 2010, le tribunal infirme son ordonnance pour tardivité de la demande. La cour d'appel de Besançon, le 27 juillet 2011, rend un arrêt infirmatif. Elle estime que le créancier pouvait, en même temps, revendiquer le bien et interroger le débiteur sur la poursuite du bail. Selon elle, la lettre du 17 juillet 2009, outre qu'elle demandait de prendre position sur la poursuite du contrat en cours, rappelait que la résiliation entraînerait l'obligation de restitution immédiate du matériel loué, et avait été communiquée, à la même date, au mandataire judiciaire avec la même observation. Cette lettre devait donc s'analyser en une demande de revendication susceptible d'acquiescement. La décision fut cassée par la chambre commerciale au motif qu'une lettre,

⁸⁸⁰ KALIEU ELONGO (Y. R.), La propriété retenue ou cédée à titre de garantie in Encyclopédie du droit OHADA, ss la dir de P. -G. POUGOUE, Op cit., p. 1445. La production de créance avec la réforme du droit des procédures collectives n'est plus une obligation pour le propriétaire mais plutôt une nécessité. Car, il lui permet de conserver sa qualité de créancier.

⁸⁸¹ V. art 103 al. 3 de l'AUPCR.

⁸⁸² Com. 12 mars 2013, n°11-24.729, D. 2013, p. 1249, Obs. PAILLER P.

qui n'invite pas son destinataire à se prononcer sur le droit de propriété du bailleur sur le bien, ne vaut pas demande en revendication.

La question tranchée, même si elle relève d'un droit extérieur à celui de la clause de réserve de propriété, telle que prévue en droit des sûretés, présente les mêmes similitudes que la propriété réservée dans les procédures collectives qui sont soumises au même régime, celui de la revendication ou de la restitution. La même solution peut être applicable en droit OHADA. Cependant, nous pouvons, comme l'affirme une partie de la doctrine⁸⁸³, soulever le caractère rigoureux des conditions procédurales de l'action en revendication qui est compréhensible, au regard de sa place dans les procédures collectives.

Par ailleurs, la rigueur dans la mise en jeu du droit du propriétaire ne se limite pas seulement au formalisme attaché à la demande de revendication. Celle-ci doit être effectuée dans un délai rigoureux.

2- Un délai de revendication rigoureux

Dans un langage littéral, le terme délai se résume au temps accordé pour faire quelque chose. Le lexique des termes juridiques, précise que *certaines formalités de la vie juridique, les actes et formalités de la procédure doivent normalement être accomplis dans le cadre de certains délais. L'inobservation de ces délais entraîne des conséquences de gravité variable (prescription civile, forclusion, caducité)*. Nous constatons que les rédacteurs de cet ouvrage ont fait l'économie d'une définition du délai pour se focaliser sur ses effets. Il en va de même pour le législateur de ces deux disciplines (droit des sûretés et des procédures collectives). Cependant, le droit des entreprises en difficulté soumet l'action en revendication à l'observation d'une période de trois mois qui découle des dispositions de l'art 101 en ces termes : « Nonobstant les dispositions du présent acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné ». Cette disposition met en place une procédure spécifique à l'action en revendication⁸⁸⁴, notamment le respect du délai trimestriel, l'objectif étant de permettre aux organes de la procédure de déterminer l'actif susceptible d'être revendiqué. Nous pensons que, le temps imposé au revendiquant dont la

⁸⁸³ PAILLER (P.), Ibid.

⁸⁸⁴ SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 septembre 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016 Note sous l'art 101, p.1256.

garantie est valable, mais qui n'a pas fait l'objet de publication au RCCM, est long et, par conséquent, sévère, car la finalité du droit des procédures collectives est tournée actuellement vers la célérité du traitement curatif, par opposition au traitement préventif. En sus, la revendication ne vise que la reconnaissance du droit du propriétaire. Donc, rien ne justifie l'observation d'une telle période par le réservataire.

En droit français, la jurisprudence attache du prix aux questions de délais. C'est ainsi que les juges ont prononcé l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure collective. Par la même occasion, ils précisent que cette restriction n'est pas synonyme d'extinction de la qualité de propriétaire. Mais, elle permet de sanctionner l'absence de soumission du propriétaire à la discipline collective du débiteur qui a pour objet une connaissance rapide du gage des créanciers. Cette situation porte atteinte à la sacralité du droit de propriété et témoigne surtout une dose de sévérité des magistrats à l'égard du propriétaire, puisque, les droits de ce dernier, ne sont pas, en principe, soumis à la rigueur du droit de la faillite. Et, nonobstant la nature du délai, le propriétaire devait bénéficier d'un relevé de forclusion, car la propriété-sûreté empêche le bien d'entrer ou de sortir du patrimoine du débiteur. Or, c'est celui-ci qui intéresse plus cette procédure. Que le lien contractuel entre l'entreprise débitrice et son partenaire soit garanti par une sûreté publiée ou non, l'essentiel est que la créance qui en résulte soit sécurisée par un contrat valablement formé. Dans ce cas, le droit du créancier propriétaire doit être opposable à la procédure collective de son débiteur, nonobstant la publication de la garantie au RCCM, puisque loin d'être le critère d'opposabilité du droit de créance⁸⁸⁵ ou de propriété⁸⁸⁶, la publicité permet aux organes de la procédure de se rendre compte de l'actif grevé du débiteur défaillant. Et d'ailleurs, l'une des utilités de ce registre consiste à informer rapidement les tiers sur les charges grevant les biens de l'entreprise.

Parmi, les conditions d'efficacité de la sûreté-propriété figure celle de son insertion ou de sa publication au registre. Elle confère au propriétaire le droit de restitution. Mais, le droit des procédures collectives OHADA utilise le terme de revendication pour désigner l'action des réservataires de l'A.U.S. Les délais peuvent être calculés en jour, en mois, en années ou même d'heure à heure et dont l'inobservation demeure l'inopposabilité du droit à la procédure collective.

⁸⁸⁵ Le droit de créance du créancier est opposable à la procédure collective par le biais de la production de cette créance et à condition qu'elle soit admise par les organes de la procédure.

⁸⁸⁶ L'opposabilité du droit de propriété à la procédure collective est conditionnée à l'action en revendication ou en restitution. Ladite action doit aboutir pour produire ses effets à l'égard de la masse.

B- L'inopposabilité du droit du propriétaire à la procédure collective

Le droit de la maladie et la mort des entreprises ne laisse personne indifférent. Les créanciers, qu'ils aient cru ou non en la personne du débiteur ou à la contrepartie d'une garantie pour accorder leur aide, sont malmenés. L'ouverture d'une procédure collective entraîne la suspension des poursuites individuelles et l'arrêt des paiements. L'objectif visé est le traitement harmonieux et équitable des créanciers antérieurs. Le droit personnel et réel sont réduits au profit du redressement de l'entreprise. La seule particularité concerne les titulaires de droits exclusifs, notamment, ceux qui ont un véritable pouvoir sur la chose, c'est-à-dire les propriétaires qui, malheureusement, sont contraints d'agir dans un délai dont l'inobservation constitue une atteinte à leur droit.

1- L'inopposabilité, une atteinte au droit du propriétaire

L'inopposabilité est l'impossibilité de faire valoir un droit ou un moyen de défense. Elle est aussi l'inefficacité d'un acte à l'égard d'un tiers permettant de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets, qui tient, non pas au fait que le tiers, étranger à l'acte, n'est pas directement obligé par celui-ci (conséquence spécifique de l'effet relatif), mais à la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de sa pleine efficacité et de son intégration à l'ordre juridique (absence de fraude ou de simulation, formalité de publicité, etc).

C'est une conception équivoque, qui s'analyse, d'une part, du côté du débiteur avec l'appellation inopposabilité de droit et facultatif⁸⁸⁷ et d'autre part, du côté du créancier, pour souvent sanctionner son inertie durant une période déterminée. Le créancier propriétaire, pour entrer en possession de son bien, procède à une revendication. Pour ce faire, le droit des procédures collectives de l'OHADA donne un délai pendant lequel, le réservataire agit, faute de quoi, il est déclaré forclos. Le législateur prévoit trois mois⁸⁸⁸ afin que le revendiquant puisse intenter son action. Mais, il ne précise pas les conséquences de l'inaction du titulaire de la sûreté-propriété.

En droit français, *l'art L 624-9 du Code de commerce prévoit que le propriétaire bénéficie d'un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective pour exercer son action en revendication. A défaut, il ne pourra opposer son droit de propriété aux organes de la procédure collective.* Cette légistique doit inspirer le législateur

⁸⁸⁷ V. KALIEU ELONGO (Y. R), Le Droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p. 115.

⁸⁸⁸ V. art 101 de l'AUPC.

OHADA, puisqu'elle est plus explicite et conforme aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. En pratique, la jurisprudence française applique à la lettre cette disposition. Elle affirme dans une jurisprudence constante que le non-respect du délai est sanctionné par l'impossibilité d'opposer son droit de propriété à la procédure collective⁸⁸⁹, sans que, cela ne puisse être une entorse à l'existence de la propriété. Mais, quoi qu'il en soit, il s'agit d'une limitation du droit du revendiquant, parce que le droit de propriété est un droit exclusif et imprescriptible. Par conséquent, l'action en revendication doit l'être aussi. Cette position est soutenue par une partie de la doctrine⁸⁹⁰ qui estime que la demande en revendication qui doit prendre la forme d'une lettre au porteur contre récépissé ou d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou de tout moyen laissant trace écrite, ne doit pas être soumise à la rigueur d'une action en justice. En la matière, la procédure est adressée au syndic qui est un organe extrajudiciaire. C'est seulement faute d'accord qu'elle devient une procédure litigieuse. Par contre, la jurisprudence française procède autrement et met l'accent sur le formalisme de la lettre revendicative⁸⁹¹. Les juges africains doivent procéder différemment pour plus de célérité dans les procédures.

La jurisprudence africaine a connu un problème sérieux concernant l'existence de la clause de réserve de propriété relatif à l'exercice de la revendication. Malheureusement, la société créancière qui revendiquait une vente assortie d'une clause de réserve de propriété a été déboutée par la CCJA (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage). Sur le second moyen, la cour régulatrice affirme que *la clause de réserve de propriété étant une vente sous condition suspensive, l'absence de toute vente commerciale exclut même l'existence de cette clause et toute obligation de paiement de prix de vente*⁸⁹². Nous constatons qu'elle assimile la clause de réserve à une vente sous condition suspensive. Donc, une nouvelle définition de la clause vient de voir le jour. Mais, les juges du fond, auraient dû l'analyser sous le prisme du dépôt-vente pour faire droit à la demande du propriétaire, puisque ce type de contrat lie deux personnes, le marchand et son fournisseur qui conviennent que le premier vendra ce qu'il pourra et restituera au second la marchandise non vendue au terme du délai stipulé. La détermination de la véritable nature d'un tel contrat dépend de la commune intention des parties⁸⁹³. Or, en l'espèce, l'une des

⁸⁸⁹ Cass. Com. 07 mars 2017, n°16-22.000, D. 2017. 645 ; RTD com. 2017. 430, Obs. MARTIN-SERF A ; Constitutions 2017. 258, Obs. GANTSCHNIG D.

⁸⁹⁰ GANTSCHNIG (D.), Ibid.

⁸⁹¹ V. Cass. Com. 12-03-2013, n°11-24.729 (n°263 FS-P+B), D. 2013. 1249.

⁸⁹² CCJA Arrêt n°084/2016, du 28 avril 2016, Aff Société SIEMENS c/ SARITEL, Consulté le 16 janv. 2018 sur www.ohada.com.

⁸⁹³ Rép. Civ. Dalloz, v. Vente, 2007, n°72.

parties l'avait déjà reconnu. Cela dit, la complexité de l'opération peut engendrer des effets pervers en pratique.

Bien que la décision soit intervenue dans le cadre d'un débiteur *in bonis*, elle pourra servir d'inspiration dans la procédure collective. Et d'ailleurs, la position de la CCJA est moins reprochable, car la technique de cassation utilisée, notamment, « n'est pas fondé » ou « mal fondé » nous édifie qu'il y avait insuffisance d'argument d'où le rejet des deux moyens.

En outre, le réservataire bénéficie toujours de son droit de propriété même s'il n'a pas d'action. Il pourra le faire après l'homologation du plan ou à la fin de la procédure ou même dans le cadre d'une seconde procédure. Ainsi, il est très difficile pour les autres créanciers d'en bénéficier.

2- L'inopposabilité, une atteinte au droit du propriétaire non bénéfique aux autres créanciers

La restriction apportée au droit du propriétaire, suite à son inertie dans un temps déterminé est, d'une part, justifiée par l'intérêt général⁸⁹⁴ et, d'autre part, sanctionne le créancier propriétaire de son absence de soumission ou d'obéissance à la procédure. Néanmoins, l'atteinte ou l'inopposabilité n'affecte, en rien, l'existence du droit de propriété du réservataire et qui peut même entrer dans ses droits en *mettant en mouvement son droit*⁸⁹⁵.

La question n'est pas directement abordée par la législation du droit des procédures collectives OHADA, mais elle peut être déduite facilement de ses dispositions. Rappelons que le droit de propriété est un droit inégalable à travers ses attributs. Mais, par la volonté du propriétaire, certains attributs, tels que, l'usus et le fructus peuvent être laissés au service d'autres personnes, parmi lesquelles figurent le possesseur et le détenteur. Le créancier propriétaire, en l'occurrence, le fournisseur consent de se dessaisir des marchandises lui appartenant au profit d'un marchand. Malgré un partenariat fécond, le premier cherchera à diminuer le risque d'impayé. Pour y parvenir, il va faire recours à une technique contractuelle complexe qui consiste à insérer une clause dans le contrat de vente afin de reporter le transfert de propriété. Donc, une façon de porter atteinte au « *principe solo consensu* » qui est devenu l'exception dans le monde des affaires et, surtout, en matière de vente commerciale. La clause devient un principe et l'expression *solo consensu*, *l'exception*.

⁸⁹⁴ Cass. Com. QPC, 15 mars 2011, n°10-40.073, D. 2011.815, Obs. LIENHARD.

⁸⁹⁵ Selon DEMOLOMBE, l'action c'est le droit lui-même mis en mouvement, v. Rép. proc civ, Action en justice, 2013, n°130.

Cette situation s'explique par la place de choix qu'occupe la propriété dans notre société. D'ailleurs, la pratique fait recours à des stratégies d'aménagement dont l'une est la clause de réserve de propriété, mécanisme par lequel, le propriétaire est plus sécurisé que les autres partenaires de son débiteur défaillant. Ainsi, lorsqu'il n'agit pas dans le délai imparti, il est déclaré forclos et son droit est inopposable à la procédure collective et aux autres créanciers⁸⁹⁶. Cependant, cette inopposabilité n'est pas synonyme de la fin du droit de propriété. Ce qui fait que le titulaire de sûreté, même en l'absence de publicité comme c'est le cas, reste fondé dans sa qualité de propriétaire capable de revendiquer conformément aux textes.

De prime abord, il est à rappeler que le droit et l'action ne sont pas à confondre. Le titulaire de sûreté nouvelle est privé d'agir, suite à son insoumission à la procédure de son débiteur. Mais, il n'est pas privé de son droit de propriété. Excepté le principe « en fait de meuble la possession vaut titre ». Le propriétaire mobilier ne doit pas craindre les affres de la prescription, puisque son débiteur en difficulté occupe le statut de détenteur précaire du bien grevé. D'ailleurs, « un propriétaire, étant un souverain, son abstention ne saurait à elle seule lui nuire, sauf à nier sa qualité⁸⁹⁷ ». Cette situation ne doit pas non plus être confondue avec celle du désintérêt d'un propriétaire pour son bien qui pourra conduire à l'usucapion. A cet effet, le bénéficiaire de garantie réelle nouvelle peut mettre en jeu les possibilités offertes par le législateur, parmi lesquelles, nous avons le relevé de forclusion⁸⁹⁸, l'attente de la fin de la procédure ou l'ouverture d'une seconde pour que s'ouvre un nouveau délai qui sert à remettre le réservataire dans ses droits.

Concernant le premier, notamment, le relevé de forclusion, il découle, en partie, d'un principe général « à l'impossible nul n'est tenu ». Il s'agit d'un droit général qui explique l'impossibilité pour son titulaire d'agir à un moment déterminé. La cause de l'inaction doit être valable et justifiée au regard du droit commun.

La forclusion du propriétaire n'est pas explicitement prévue en droit des procédures collectives de l'OHADA comme c'est le cas en droit français. Il serait donc intéressant de procéder par comparaison pour plus de compréhension. En effet, le législateur communautaire nous renseigne que « *Nonobstant les dispositions du présent acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la*

⁸⁹⁶ Cass. Com. 07 mars 2017, n°16-22.000, D. 2017. 645 ; RTD com. 2017. 430, Obs. MARTIN-SERF A ; Constitutions 2017. 258, Obs. GANTSCHNIG D.

⁸⁹⁷ GANTSCHNIG (D.), Note ss Cass. Com., 07 mars 2017, n°16-22.000, Op cit.

⁸⁹⁸ V. Art 83 al. 1^{er} de l'AUPCR.

deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens dans un journal d'annonces légales de l'Etat partie concerné⁸⁹⁹ ». De cette disposition découle un délai mais, à la différence du droit français qui est plus clair et précis en ces termes, « le propriétaire bénéficie d'un délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective pour exercer son action en revendication. A défaut, il ne pourra opposer son droit de propriété aux organes de la procédure collective⁹⁰⁰ », le droit de la faillite de l'OHADA reste silencieux. Cependant, la question du délai d'action est posée et la jurisprudence française affirme que : la sanction de l'absence de revendication dans le délai légal n'est pas le transfert du droit de propriété au profit du débiteur mais son inopposabilité à la procédure collective de ce dernier. Il en résulte, notamment, que le propriétaire, qui n'a pas revendiqué son droit dans le délai légal, est fondé à en obtenir la restitution contre le tiers acquéreur de mauvaise foi⁹⁰¹. Il en va de même pour le relevé de forclusion.

Par ailleurs, la revendication est possible si le débiteur est soumis à une nouvelle procédure, mais à condition que le revendiquant respecte le nouveau délai imparti dans la seconde. La même solution reçoit application dans le redressement judiciaire, car la décision arrêtant le plan met fin à la procédure⁹⁰². Cette position soutenue par la jurisprudence française, mérite d'être appliquée en droit OHADA.

En outre, les restrictions apportées aux droits du propriétaire réservataire dans la procédure collective ne se limitent pas à l'exercice du droit de revendication. Il en existe d'autres.

Paragraphe II : Les autres restrictions relatives à la réserve de propriété

L'opposabilité de la réserve de propriété à la procédure collective est une innovation du droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA. Le créancier bénéficiaire est-il entièrement protégé contre la défaillance de son client ?

Nous pourrions, au premier abord, souscrire à la thèse positive pour plusieurs raisons. D'une part, le créancier réservataire a le droit de revendiquer son bien et, en cas de revente ou de destruction, le prix de revente ou l'indemnité d'assurance qui rentre dans son patrimoine par le

⁸⁹⁹ Art 101 de l'AUPCR.

⁹⁰⁰ Art L. 624-9 du Code de commerce français.

⁹⁰¹ Cass. Com., 15 déc. 2015, n°13-25.566, D. 2016.69.

⁹⁰² Cass. Com. 04 janv. 2000, n°96-19.511, D. 2000 p.533, Obs LE CORRE-BROLY.

biais de la subrogation réelle⁹⁰³. Cependant, un regard prospectif met à nue la relativité ou l'insuffisance dans la protection du réservataire. Des atteintes ou limites sont constatées dans la réalisation des droits du créancier. Il s'agit respectivement des limites apportées à l'assiette de la revendication (A) et du refus au revendiquant d'un droit de préférence (B).

A- Les restrictions tenant à l'assiette de la revendication

L'action en revendication vise à restaurer la possession du bien du réservataire détenu par le débiteur. Elle porte sur le bien proprement dit ou sur son équivalent, c'est-à-dire son prix. Mais, le législateur des procédures collectives exige du propriétaire que le bien grevé soit en nature dans le patrimoine de l'entreprise débitrice (1). En plus, le créancier est confronté à des problèmes ou difficultés sérieuses, lorsque la revendication porte sur des biens fongibles, d'où leur difficile revendication (2).

1- L'exigence du bien en nature

Pour revendiquer, la chose grevée doit être en nature. C'est ce qui découle des dispositions de l'art 103 qui dispose en son alinéa 1^{er} que « peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les marchandises consignées et les objets mobiliers remis au débiteur, soit pour être vendus pour le compte du propriétaire soit à titre de dépôt, de prêt, de mandat ou de location ou de tout autre contrat à charge de restitution, notamment tout bien objet d'un contrat de crédit-bail ». Il s'agit d'une disposition ancienne reconduite par le droit renouvelé des procédures collectives. Ainsi, le doute n'est plus permis. L'expression « à condition qu'ils se retrouvent en nature » est révélatrice. Néanmoins, son effectivité reste une question dans notre espace juridique. Malheureusement, nos recherches ne nous ont pas permis de trouver une jurisprudence africaine illustrative en la matière. En revanche, plusieurs décisions sont rendues en droit français, qui peuvent amplement nous servir d'inspiration.

L'une, après avoir énoncé qu'il appartient au propriétaire revendiquant d'établir que la marchandise revendiquée se trouve, à l'ouverture de la procédure collective, en nature entre les mains du débiteur et que la condition d'existence en nature s'entend de la conservation de la marchandise dans son état initial, une cour d'appel a relevé que les alevins, livrés entre dix mois et quelques jours, avant l'ouverture de la procédure collective, ont pris du poids, sans que cette prise de poids en ait modifié la substance. L'arrêt a relevé encore que le cycle de maturation

⁹⁰³ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Rev. proc. coll., n°05, Sept. 2009, p.01.

d'un alevin est de l'ordre de dix-huit à vingt-quatre mois et qu'une daurade est commercialisable au poids de 220 grammes, correspondant à dix-huit mois environ de maturation. Il a relevé enfin que la société bénéficiaire de la clause de réserve de propriété justifie de huit factures afférentes aux alevins revendiqués. Cependant, qu'il est établi que des stocks de bars et de daurades vivants se trouvaient dans les locaux de la société débitrice au 31 déc. 2009 et au 31 janv. 2010, sans possibilité d'identifier les propriétaires des poissons, à défaut d'inventaire. De ces constatations et énonciations, la cour d'appel qui n'a ni inversé la charge de la preuve ni statué par des motifs contradictoires, n'a fait qu'user de son pouvoir souverain d'appréciation en retenant que la société bénéficiaire de la clause établissait que les alevins revendiqués, livrés moins de dix-huit mois avant l'ouverture de la procédure, existaient en nature au jour de cette ouverture⁹⁰⁴. Au regard de cet arrêt, nous constatons que la question de l'existence en nature du bien reste problématique. Même si le réservataire a obtenu gain de cause, nous voyons que la chose grevée n'était plus à l'état initial. Cependant, la Cour de cassation est allée dans un sens favorable au créancier.

Dans l'autre décision, la cour de cassation française exige l'existence du bien en nature dans le patrimoine du débiteur défaillant, peu importe le lieu de détention, qu'il le détienne dans ses locaux ou dans d'autres lieux, chez son représentant légal⁹⁰⁵. La position des juges français est conforme aux dispositions du droit positif⁹⁰⁶ qui a influencé le législateur africain. Donc, une harmonisation entre les systèmes juridiques est nécessaire tout en gardant une certaine originalité.

De tout ce qui précède, nous pensons que les positions françaises sont applicables dans l'espace OHADA. Cependant, il est, d'une part souhaitable que notre droit des procédures collectives utilise le terme « bien » à la place de « marchandise⁹⁰⁷ » pour être conforme à l'évolution du droit des affaires, puisque le domaine de la clause de réserve de propriété ne se limite pas seulement au contrat de vente, il s'étend aussi au contrat d'entreprise⁹⁰⁸. Et, d'autre part, il serait plus simple d'enlever l'expression « à condition qu'il se retrouve en nature » pour faire place à celle de « l'état où les biens se trouvent au jour du jugement d'ouverture ». Ce qui aurait permis de résoudre le problème de l'effet temporel sur les biens, objets de la réserve de propriété. A ce

⁹⁰⁴ Cass. Com., 11 juin 2014, n°12-28.761, D. 2014 p.1325.

⁹⁰⁵ Cass. Com., 10 mai 2012, n°11-17.626, D. 2012 p. 1326, Obs. LIENAHARD.

⁹⁰⁶ V. C. com. art L 624-16 al. 2, mod. Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006.

⁹⁰⁷ V. art 103 de l'AUPCR.

⁹⁰⁸ Cass. Com., 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p. 930, Obs. CROCQ P. ; Cass. Com., 02 mars 1999, Bull. civ. IV, n°50, D. 2000, p. 69, Obs. MAINGUY D.

problème, vient se grever la question de la revendication des biens fongibles qui pose également, en pratique, un sérieux problème. D'où toute la difficulté qui entoure leur revendication.

2- La difficile revendication des biens fongibles

Le développement de la société a pour corollaire la croissance des échanges. Ainsi, afin de pérenniser cette situation, les acteurs du monde des affaires font recours aux mécanismes permettant de faciliter l'interchangeabilité, puisque le monde des choses disait CARBONNIER est « un monde bariolé⁹⁰⁹ ». La fongibilité intervient dans ce cadre.

Les biens fongibles sont ceux qui n'étant déterminés que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employés indifféremment l'un pour l'autre dans un paiement. A ce titre, *la fongibilité traduit la possibilité qu'ont deux choses de se substituer l'une à l'autre et consiste, au premier abord, en un rapport d'équivalence entre deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre*. Et ce qui est recherché par l'idée de fongibilité, *c'est le caractère libératoire d'un paiement fait avec une autre chose alors qu'une autre chose était due*. Donc, *l'une comme l'autre vont pouvoir satisfaire le même besoin*⁹¹⁰. Malheureusement, cette théorie devient difficile à mettre en jeu en présence d'une procédure collective.

Le législateur autorise la réalisation de la réserve de la propriété conformément aux dispositions prévues par l'A.U.S. A cet effet, l'art 103 al.3 du nouvel AUPC dispose que : « peuvent être également revendiqués les marchandises et les objets mobiliers faisant l'objet d'une réserve de propriété selon les conditions et avec les effets prévus par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que, la revendication des biens fongibles, prévue par le droit des sûretés, est bel et bien possible et s'effectue de la sorte : « 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 compte⁹¹¹ ». Cet article soulève deux difficultés majeures. Il s'agit d'une part, de l'identité d'espèce et de qualité. Cette dernière pourra faire l'objet de contestation par les créanciers non bénéficiaires d'une clause de réserve de propriété. Et, d'autre part, en cas de pluralité de bénéficiaires de la réserve de propriété, lequel des deux profitera du concours ? La réponse à

⁹⁰⁹ CARBONNIER (J.), Droit civil, t. 3, les biens, Thémis 1992, spéc. n°52, p. 96.

⁹¹⁰ ANNE (L.), La fongibilité : diversité des critères et unité des effets, RTD Com. 1995. 307, n°2.

⁹¹¹ Art 75 de l'A.U.S.

ces questions dépend de l'application de la revendication des biens. En effet, la revendication des choses fongibles a fait couler beaucoup d'encre. Le problème est surtout patent dans le domaine des médicaments et produits pétroliers. En premier lieu, les juges de fond, notamment ceux de la cour d'appel en France, affirment que « *les médicaments et produits pharmaceutiques retrouvés en nature au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective de la pharmacie acheteuse, mise en redressement judiciaire, sont des biens fongibles, dès lors qu'ils sont de même espèce et de même qualité que ceux revendiqués, étant interchangeables puisque constituant des produits de même nom et de même origine de fabrication*⁹¹² ». Cette position jurisprudentielle est conforme aux dispositions de l'art 75 de l'A.U.S, inspiré de l'art L. 624-16 du Code de commerce français⁹¹³. Il s'agit d'une règle de fond attribuant au revendiquant la propriété du bien fongible. Cependant, les critères retenus prêtent à interprétation et sont même évincés. C'est ainsi que les produits pharmaceutiques ont été considérés comme des biens non fongibles. La cour d'appel de Paris estime que : « *les biens vendus étant des médicaments ou des produits pharmaceutiques conditionnés sous emballages portant une ou plusieurs indications (date de fabrication, un numéro de lot, une date limite de vente) permettant de les individualiser et n'étant pas interchangeables, ne sont donc pas de biens fongibles*⁹¹⁴ ».

Ce revirement de jurisprudence opéré lors du redressement judiciaire d'une officine pharmaceutique constitue une limite au droit des réservataires et rend, par conséquent, la revendication des biens difficiles. En l'espèce, la cour de Paris affirmait que « *les biens fongibles sont ceux qui sont juridiquement considérés comme interchangeables, identiques les uns aux autres et non individualisés...* ». Mais, au regard de cette définition, la fongibilité est une qualité, celle permettant à une chose de se substituer à une autre. Ainsi, la question d'individualisation importe peu, en tout cas, celle concernant les numéros de série. Et d'ailleurs, ce n'est pas une absence d'individualisation qui fonde la fongibilité, mais l'absence d'individualité des choses⁹¹⁵. Ce qui est visé surtout c'est l'aspect libératoire⁹¹⁶, autrement dit, la souplesse dans le règlement des créances. Donc, la rigueur ou l'exigence imposée au revendiquant qui fait que ce dernier doit identifier⁹¹⁷ précisément les choses de genre qu'il a vendues et livrées dans les stocks, tonneaux, barils, silos et entrepôts retrouver chez son

⁹¹² Paris, arrêt du 26-06-1998, D. 2000. 69.

⁹¹³ Cette disposition française découle aussi de celle de la loi du 25 janv. 1985 en son art 121 al. 3.

⁹¹⁴ Paris, arrêt du 12-05-2000, D. 2000. 329 ; RDSS 2000. 744 ; Obs. A. LAUDE.

⁹¹⁵ LAUDE (A.), La fongibilité : diversité des critères et unité des effets, Op cit., n°37.

⁹¹⁶ LAUDE (A.), Ibid., n°2.

⁹¹⁷ ROUSSEL GALLE (Ph.), Clause de réserve de propriété et biens fongibles, R.P.C, Op cit., p.01.

débiteur, était en pratique insurmontable. C'est pourquoi, le législateur est intervenu pour dire que : « lorsque se trouve entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité⁹¹⁸ ». Sauf que, cette qualité reste soumise à l'appréciation souveraine des juges de fond.

Certes, bon nombre de décisions en droit comparé témoignent des problèmes théoriques et pratiques⁹¹⁹ qui sont attachés au régime de la revendication des choses fongibles, mais il n'en demeure pas moins que le revendiquant reste privé de son droit de préférence lorsqu'il décide de mettre en œuvre son statut de créancier.

B- L'absence du droit de préférence du réservataire

Le droit de préférence permet au créancier d'obtenir un paiement prioritaire, c'est-à-dire d'être payé avant les autres créanciers de son débiteur. Et il implique surtout l'idée de concours. Ici, le revendiquant se trouve dans une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise débitrice. Malheureusement, le réservataire s'est vu extirper d'un droit qu'il pensait légitime. Il s'agit de l'absence de préférence dans les répartitions (1). Ainsi, le réservataire devient un chirographaire (2).

1- L'absence de préférence dans les répartitions

Lorsqu'une procédure collective est ouverte, les créanciers du débiteur voient leur droit de poursuite et de paiement restreint afin de déterminer le patrimoine-débiteur. Pour ce faire, ils doivent produire leur créance dans un délai. L'objectif est d'éviter que certains créanciers ne freinent le processus de traitement. Le législateur OHADA prévoit une période de soixante (60) et de quatre-vingt-dix (90) jours pour le créancier domicilié hors du territoire national⁹²⁰. La production ou la déclaration de créance imposée aux partenaires de l'entreprise débitrice doit forcément se faire dans le délai, exception faite de certains créanciers, notamment, d'aliment. A défaut, ils seront forclos en l'absence de toute justification, sinon, ils doivent démontrer que la défaillance ne leur est pas imputable⁹²¹. De même, dans le cadre du droit de propriété, le réservataire qui a publié son contrat⁹²² est dispensé de la revendication. Mais, il faut comprendre

⁹¹⁸ V. art L. 624-16 du Code de commerce français lors de la réforme de la loi du 26 juil. 2005.

⁹¹⁹ Cass. Com., 29 -11-2016, n°15-12-350, arrêt n°1045 FS-P+B+R+I, D. 2016. 2462, Obs. A LIENHARD ; RTD Com. 2017. 192 ; AJ Contrat 2017. 90, Obs. N KILGUS ; Gaz Pal. 10 janv. 2017, p.75, Note E LE CORRE-BROLY ; Cass. Com., 03 mai 2016, n°14-24.586, arrêt n°387 F-P+B, RTD Com. 2017. 190, Obs. MARTIN-SERF ; D. 2016. 997 ; Cass. Com. 28 juin 2016, n°14-15.389, arrêt n°629 F D, RTD Com. 2017, p. 191, Obs. MARTIN-SERF.

⁹²⁰ Art 78 de l'AUPCR.

⁹²¹ TRHC Dakar, jugement n°847 du 08 avril 2005 in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2015-2016, p. 1246.

⁹²² V. art 101-3 al. 1^{er} de l'AUPCR.

que la dispense n'est relative qu'à la preuve de la propriété et non à la qualité de créancier du réservataire.

En effet, lorsque le propriétaire met l'accent sur la qualité de créancier, il est automatiquement soumis à la déclaration de créance dans la procédure de son débiteur et cela, pour sauvegarder sa créance. Sinon, la conséquence sera la forclusion, c'est-à-dire l'inopposabilité de sa créance à la procédure. Et d'ailleurs, sa créance demeure inopposable même après l'homologation du plan, notamment lors de son exécution⁹²³. Cela dit, nous sommes dans le cadre de deux délais, l'un relatif au statut de créancier et l'autre au statut de propriétaire. Or, le réservataire cumule les deux qualités. Il est créancier en même temps propriétaire. Comme souligné, le droit OHADA est muet à l'égard du réservataire sur les effets de l'inobservation du délai de la seconde qualité, à la différence du droit français qui est même qualifié de délai préfix insusceptible de relevé de forclusion. Mais, de prime abord, il est important de préciser que le droit de préférence dans la répartition du prix de vente d'un bien est relatif à la qualité de créancier et non de propriétaire. Ce qui fait qu'au regard du droit des sûretés, l'accent est mis au niveau des effets de cette garantie sur la propriété, puisque, « lorsque le bien est vendu ou détruit, le droit de propriété se reporte, selon le cas, sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur ou sur l'indemnité d'assurance subrogée au bien⁹²⁴ ». Et en droit des procédures collectives, c'est la revendication qui prévaut. Elle peut porter sur la chose ou son prix. Donc, nous voyons bien que le législateur n'a pas prévu le droit de préférence au bénéfice du réservataire. C'est pourquoi, en France dans une espèce, conformément au droit, la Cour de cassation, après avoir qualifié la clause de réserve de propriété de sûreté réelle, affirme qu'« elle ne confère à son bénéficiaire aucun droit de préférence dans les répartitions⁹²⁵ ». Le créancier, faute d'agir en revendication dans le délai préfix, a préféré jouer sur la déclaration de créance qu'il avait initialement effectuée à titre privilégié. Malheureusement, le pourvoi formulé par le fournisseur réservataire a été rejeté au motif que « la mention dans la déclaration de l'existence de la clause de réserve de propriété ne justifie pas l'admission de la créance à titre privilégié⁹²⁶ ». Cette pratique a pour conséquence, l'érection du réservataire en chirographaire.

⁹²³ V. art 83 al. 1^{er} de l'AUPCR.

⁹²⁴ Art 78 de l'A.U.S.

⁹²⁵ Cass. Com. 15 Octobre 2013, arrêt n°13-10.463, F-P+B, Obs. CAROLINE HENRY, in Chronique de droit des entreprises en difficulté, Ohadata D-14-12, p. 10, Consulté le 16 août 2017 sur www.ohada.com ; Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n°18, Novembre 2013, Obs. J. VALLANSAN.

⁹²⁶ V. HOUIN-BRESSAND (C.), Op cit.

2- Le réservataire, un créancier chirographaire

Il existe plusieurs sortes de créanciers. Et comme, nous avons coutume de le dire, seul Dieu prête sans garantie et contrepartie. Donc, soit le prêteur se fait garantir par un droit personnel en obtenant un droit de gage sur un patrimoine autre que celui de son débiteur, soit en se faisant donner, sur le patrimoine de son débiteur, une priorité. A défaut, il sera comparable à un créancier chirographaire qui compte sur l'ensemble des biens qui composent le patrimoine de son débiteur. A première vue, cette position semble confortable mais, en l'observant minutieusement, on s'aperçoit qu'elle est loin d'être une position enviable, car ce dernier fonde son espoir sur le gage général qui est soumis au facteur temps et aux aléas du marché. Entre la naissance de la dette et son exigibilité, le patrimoine du débiteur a pu se modifier. Or, le créancier ne peut saisir que les biens existant au moment de la saisie, peu importe la nature de la saisie. Et si le débiteur a donné ou vendu les biens que le créancier a pris en considération pour asseoir sa confiance, il ne peut plus, en principe, les saisir, sauf à faire recours à l'action paulienne qui, elle aussi, suppose l'existence d'une fraude, ou le jeu des inopposabilités dans la période suspecte en cas de débiteur défaillant⁹²⁷.

Concernant la qualité de chirographaire du réservataire, le législateur, en l'absence de production dans le délai légal, prévoit la forclusion et l'inopposabilité des créances à la procédure et aux autres créanciers du débiteur⁹²⁸. Selon le droit, les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions en l'absence du bénéfice de relevé de forclusion. C'est cette position qui fut défendue par la Cour de cassation française dans deux arrêts en date du 15 octobre 2013⁹²⁹. Et d'ailleurs, ce mouvement a commencé par les juges de fond. Les juges de la cour d'appel de Douai ont rejeté le caractère privilégié de la créance en l'admettant à titre chirographaire au motif que l'action en revendication n'avait pas été exercée dans le délai légal. Dans ces deux pourvois, la société CSF France développe la même argumentation : dès que la réserve de propriété est une sûreté, elle est opposable à la procédure par la déclaration, sans qu'une revendication ne soit nécessaire. Dans les deux décisions, le pourvoi est rejeté. La cour régulatrice venait de ruiner la garantie et faire du créancier, un chirographaire. Du coup, sa chance de recevoir paiement a été fortement diminuée, voir éclipée.

⁹²⁷ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., LGDJ, Op cit., n°4.

⁹²⁸ V. art 78 de l'AUPCR.

⁹²⁹ Cass. Com. 15 Octobre 2013, arrêt n°13-10.463, F-P+B et arrêt n°12-25.993, F-D, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n°18, Novembre 2013, Obs. J. VALLANSAN.

La restriction des droits dans les procédures collectives ne se limite pas uniquement au propriétaire réservataire, mais s'étend également à la propriété cédée ou transférée à titre de garantie.

Section II : Les restrictions relatives à la propriété cédée

Deux mécanismes juridiques sont à même de permettre de transférer à un créancier un droit de propriété non pas définitif, mais dépendant du remboursement de la dette principale, le premier ayant souvent été utilisé parce que la validité du second n'était pas encore certaine. Il s'agit de la vente avec faculté de rachat et de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie⁹³⁰. C'est cette dernière qui nous intéresse. Elle est définie comme le *contrat par lequel une personne aliène à une autre un bien afin de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer le bien au vendeur lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer*. L'aliénation fiduciaire à titre de garantie a été consacrée, en France, par la loi du 02 janvier 1981, dite « loi Dailly⁹³¹ ». Ainsi naquirent, la cession de créance professionnelle à titre de garantie repris par l'ordonnance de 2006 reformant le droit des sûretés et par la suite, la fiducie-sûreté en 2007. Suivant un mouvement de mondialisation des sûretés, le législateur africain s'est inspiré de son homologue français. Et la réforme de 2010 portant sur le droit des sûretés OHDA a consacré ces deux garanties. Elles ont vu le jour afin de combler la défaillance des sûretés réelles classiques dans les procédures collectives. Malheureusement, aucune garantie n'est sûre en présence d'un débiteur défaillant. Des atteintes sont constatées, non seulement aux droits du cessionnaire de créance (A), mais aussi à ceux du bénéficiaire d'un transfert fiduciaire de somme d'argent (B).

Paragraphe I : Les restrictions tenant à la cession de créance à titre de garantie

La cession de créance à titre de garantie est une opération qui regroupe trois personnes. Le mécanisme est simple. Le bénéficiaire d'un crédit (le cédant) transfère à son créancier (le cessionnaire), en garantie du remboursement de ce crédit, la propriété d'une créance qu'il détient à l'encontre d'un tiers (le débiteur cédé). À l'échéance du crédit accordé deux situations peuvent se produire : soit le cédant paie sa dette au cessionnaire et la créance cédée lui est alors rétrocédée ; soit le cédant est défaillant et le cessionnaire peut alors réaliser sa garantie en obtenant paiement de la part du cédé⁹³². Cette sûreté fait du cessionnaire, le propriétaire du bien cédé. Cependant, nous constatons que la propriété n'est pas acquise (A), puisque, le transfert

⁹³⁰ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Op cit., n°761.

⁹³¹ Daily est le nom du sénateur à l'origine de ce texte de loi.

⁹³² MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Ibid., n°764.

des droits du cédant au bénéfice du cessionnaire est provisoire⁹³³. Et d'ailleurs, en l'absence de notification ou d'intervention du débiteur à l'acte, le cédant reçoit valablement paiement (B).

A- L'absence d'acquisition de la propriété de la créance par le cessionnaire

L'acquisition de la propriété de la créance cédée par le cessionnaire s'effectue par le transfert des droits sur la créance cédée au cessionnaire. Le transfert est un mode de transmission des titres nominatifs qui s'effectue, par l'inscription sur un registre tenu par le débiteur du titre (en l'espèce la société émettrice ou la collectivité publique), du nom du cessionnaire, cette inscription étant accompagnée de la radiation du nom du cédant⁹³⁴. Il s'agit d'un mode de paiement à ne pas confondre avec la transmission de droit commun. En effet, ici, nous faisons allusion à une technique qui consiste à transférer les droits du cédant sur une créance contre le cédé au cessionnaire. La créance cédée est celle transmise au cessionnaire, par opposition à la créance garantie, qui est celle du cessionnaire contre le cédant. Lorsque ce dernier rencontre des difficultés économiques ou financières, de même que ses partenaires, le sort de la créance cédée devient un enjeu majeur. Ainsi, la question de l'existence de la créance dans le patrimoine du cédant ou du cessionnaire se pose avec acuité.

La résolution de ce problème se fait à deux niveaux. D'une part, au regard du droit des sûretés et d'autre part, de celui des procédures collectives. Le premier est, sans équivoque, « la propriété d'un bien, actuel ou futur, ou d'un ensemble de biens, peut être cédée en garantie du paiement d'une dette, actuelle ou future, ou d'un ensemble de dettes aux conditions prévues⁹³⁵... ». De cette disposition découle la cession de créance à titre de garantie. Elle est prévue par l'art 80 de l'AUS. Toute la question est de savoir si la cession de créance emporte transfert de celle-ci dans le patrimoine du cessionnaire. En principe, la réponse est affirmative, parce que cette technique contractuelle découle d'un titre révélateur : « Propriété cédée à titre de garantie⁹³⁶ ». Cependant, le second en l'occurrence, le droit des procédures collectives reste silencieux. Il organise le statut du propriétaire réservataire⁹³⁷, en faisant abstraction de la propriété cédée, en tout cas, à notre connaissance. Des actions sont prévues pour protéger le propriétaire, parmi lesquelles, nous avons l'action en revendication et celle en restitution. Et d'ailleurs, le bénéficiaire de la clause de réserve de propriété est dispensé de la preuve de sa propriété, lorsque le contrat qui

⁹³³ Cass. Com. 20 Oct. 2009, pourvoi n°08-18.233, arrêt n°913 F-P+B, RTD Com. 2010, p. 422, Obs. MARTIN-SERF ; D. 2009, p. 2611.

⁹³⁴ Lexique des termes juridiques, Dalloz, Op cit., v. Transfert.

⁹³⁵ Art 79 de l'A.U.S.

⁹³⁶ Cette affirmation est l'intitulée de la section 2 du chapitre 3 du titre II relatif aux sûretés mobilières dans l'A.U.S.

⁹³⁷ V. art 103 al. 3 de l'AUPCR.

porte ladite clause, a fait l'objet de publicité. Donc, une intervention du législateur des procédures collectives est souhaitable afin de prévoir et organiser les droits du cessionnaire. Mais avant, il est nécessaire de procéder par comparaison pour résoudre les questions ou les problèmes soulevés par cette sûreté.

En droit français, une partie de la pratique a pu qualifier la cession de créance à titre de garantie comme un nantissement de créance⁹³⁸. Les faits de l'espèce sont simples. Une banque avait cédé sa créance résultant du prêt à un autre établissement financier qui avait signifié la cession à l'emprunteur, débiteur cédé. L'établissement financier cessionnaire s'est prévalu de la cession de créance des loyers contre l'un des locataires, lui-même débiteur cédé au titre de la cession effectuée à titre de garantie de remboursement du prêt. Les juges du fond de la cour d'appel de Paris ont considéré que la créance de loyers était sortie du patrimoine de la banque cédante pour entrer dans celui de l'établissement financier cessionnaire parce que la cession des loyers était intervenue en garantie du remboursement du prêt et que, par conséquent, elle bénéficiait au cessionnaire de la créance résultant du prêt. La raison est simple, les accessoires de la créance cédée sont transférés au cessionnaire⁹³⁹. Et en droit OHADA, à moins que les parties n'en conviennent autrement, la cession s'étend aux accessoires de la créance et entraîne de plein droit son transfert et son opposabilité au tiers sans autre formalité⁹⁴⁰. En l'espèce, la cession des loyers consentie, à titre de garantie de paiement de la créance de la banque contre l'emprunteur, constituait, bien entendu, un accessoire de cette créance. Celle-ci ayant été cédée à l'établissement financier, il était parfaitement normal de lui permettre de réclamer le paiement à un des locataires. Les Hauts magistrats, en réponse, estiment qu'« en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ». Cet arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation, même s'il intervient sous le visa des arts 2075 et 2078 du Code civil, antérieurement à l'ordonnance de 2006, modifiant le régime juridique des sûretés et dont est inspiré le droit OHADA des sûretés, a un impact certain sur le devenir de cette garantie. En décidant de répondre par la négative à la question de savoir si la cession à titre de garantie d'une créance de loyers avait fait sortir cette créance du patrimoine du cédant, la Cour de

⁹³⁸ Cass. Com. Du 19 -12-2006, arrêt n°05-16.395 (n°1500 FS-P+B+R+I), D. 2007, p.344, Obs. C. LARROUMET ; D. 2007, p. 76, Obs. X. DELPECH ; D. 2007, p. 319, Obs., R. DAMMANN et G. PODEUR ; AYNES (L.), La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?, D. 2007, p. 961 ; RTD Com. 2007, p. 217, Obs. D. LEGEAIS ; RTD Civ. 2007, p. 160, Obs. P. CROCQ ; Cass. Com. 26-05-2010, arrêt n°09-13.388 (n°560 F-P+B), D. 2010, p.2201, Obs. LIENHARD ; D. Actu. 02 juin 2010, Obs. LIENHARD ; RTD Civ. 2010, p.597, Obs. P. CROCQ ; RTD Com. 2010, p.595, Obs. D. LEGEAIS.

⁹³⁹ V. art 1692 du Code civil français.

⁹⁴⁰ V. art 83 de l'A.U.S.

cassation française compromet l'efficacité de cette sûreté. Et pire, le cessionnaire, loin d'obtenir paiement de sa créance, s'est vu primer par les chirographaires du cédant défaillant. Cet acte de la Haute juridiction est contraire à la volonté des parties.

Et d'ailleurs, l'assimilation au nantissement qui relève d'une fausse qualification devrait même permettre au créancier-cessionnaire d'obtenir paiement prioritaire, car, le bénéficiaire d'un nantissement est allotté d'un droit de préférence qui lui permet de primer les autres créanciers de son débiteur.

La position de la Cour de cassation française dans l'espèce, bien vrai que critiquable, demeure légale, puisqu'il s'agissait de se prononcer en l'absence d'une disposition consacrant ladite sûreté. Mais les Hauts juges auraient pu appliquer la volonté des parties ou à défaut, le régime du nantissement. Quatre ans après, notamment en 2010, la même situation demeure, la chambre commerciale affirme encore que « dès lors qu'une cession de loyers en garantie du remboursement d'un prêt a été signifiée au locataire, le cessionnaire a la qualité de nanti⁹⁴¹ ». Cette fois-ci, la décision est rendue au visa de l'art 1690 du Code civil. Antérieurement à ces deux arrêts, une autre décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation faisait obstacle au droit du cessionnaire, face à la procédure du cédant, relativement aux créances nées de la poursuite d'un contrat à exécution successive postérieure⁹⁴². Issues du droit français, ces positions peuvent influencer la pratique africaine, au moment où, l'heure est à la mondialisation du droit. Heureusement que ces restrictions aux droits du cessionnaire ne s'étendent pas à son droit de déclaration de créance, lorsqu'il entend préserver sa qualité de créancier dans la procédure⁹⁴³. Néanmoins, nous constatons que son régime reste incertain à l'image de celui du gage-espèces⁹⁴⁴. Mais aussi la rigueur législative fait, qu'en l'absence de notification effectuée par le cessionnaire ou d'intervention du cédé à l'acte, le cédant reçoit valablement paiement du cédé.

⁹⁴¹ D. 2010, p.2201, Obs. LIENHARD, Op cit ; RTD Civ. 2010, p.597, Obs. P. CROCQ, Op cit. ; RTD Com. 2010, p.595, Obs. D. LEGEAIS, Op cit.

⁹⁴² Cass. Com. 26 avr. 2000, RTD Com. 2000, p. 994, Obs. M. CABRILLAC.

⁹⁴³ Cass. Com. 15 Octobre 2013, arrêt n°12-22.008, F-P+B, Ohadata D-14-12, p. 04, Obs. L. C. HENRY, Consulté sur www.ohada.com, le 16 août 2017.

⁹⁴⁴ SYNDET (H.), « Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi », Actes du colloque sur le thème : Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, Faut-il réformer les sûretés de sommes d'argent ?, Ohadata D-06-48, Consulté sur www.ohada.com, le 16 août 2017.

B- L'absence de notification ou d'intervention du cédé à l'acte

La notification découle du latin *notificare* c'est-à-dire le fait de notifier quelque chose à quelqu'un⁹⁴⁵. Selon le vocabulaire juridique, elle signifie le *fait de porter à la connaissance d'une personne un fait, un acte ou un projet d'acte qui la concerne individuellement*. Par exemple : *le fait de porter à la connaissance d'un intéressé un acte de procédure soit par voie de signification, soit par voie postale*⁹⁴⁶. En résumé, il s'agit d'un procédé d'information dont l'inobservation entraîne le paiement de la créance au cédant (1). Et, lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du cédant ou du cédé, le cessionnaire court le risque de ne pas obtenir paiement (2).

1- Le paiement de la créance cédée au cédant

En droit des sûretés, « *Pour être opposable au débiteur de la créance cédée, la cession doit lui être notifiée ou ce dernier doit intervenir dans l'acte. A défaut, le cédant reçoit valablement paiement de la créance*⁹⁴⁷ ». De cette disposition découle une obligation générale de notification aux fins d'opposabilité de l'acte au cédé, ou que ce dernier intervient à l'acte. Mais la question qui se pose est celle de savoir comment l'intervention doit se faire et quand ? A quel moment, puisque nous sommes en présence d'un contrat qui regroupe l'étape de la formation et de l'exécution. Concrètement, nous ne savons pas la phase exacte de cette intervention. Ce qui est clair, c'est qu'en l'absence de celle-ci et de la notification⁹⁴⁸, le cessionnaire ne reçoit pas des mains du cédé ou de son mandataire paiement.

Ceci étant, il n'est pas moins important de s'interroger sur l'utilité de l'existence de ces deux formalités. Certes, l'objectif visé est de rendre plus simple la réalisation de la sûreté. Mais en faisant nourrir une certaine imprécision autour de l'intervention du cédé dans l'acte de cession, le législateur laisse subsister un contentieux à défaut de notification, car, la bonne foi étant présumée, le cédé de mauvaise foi risque de nier sa participation à l'acte de cession afin de se libérer du cédant. Sauf à nous dire que l'acceptation de la cession à la demande du cessionnaire⁹⁴⁹ équivaut à la participation du cédé à l'acte. En attendant l'intervention d'une jurisprudence en

⁹⁴⁵ Le Grand Robert de la langue française, v. Notification.

⁹⁴⁶ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Notification.

⁹⁴⁷ Art 84 de l'A.U.S.

⁹⁴⁸ Pour plus d'infos sur la notification de la cession de créance professionnelle, v. DECKON (Fr. K), La notification de la cession de créance professionnelle, RTD Com. 2005, p.649.

⁹⁴⁹ V. art 85 al. 1^{ER} de l'A.U.S.

la matière pour nous édifier, nous formulons le vœu qu'il n'y ait pas d'effets pervers relativement à la question. Qu'en est-il de la notification ?

En droit français, la notification est une faculté pour le cessionnaire, c'est-à-dire dans un sens générique, la liberté incluant le droit de faire ou celui de ne pas faire. Il en découle qu'elle n'est pas une condition de validité du contrat. Elle n'est pas davantage la condition de son opposabilité au tiers⁹⁵⁰. Cependant, le droit OHADA fait de la notification une obligation qui pèse sur le cessionnaire. A défaut, le cédant reçoit paiement à titre de mandat, lequel peut être explicite ou implicite⁹⁵¹. Et pour encore davantage étayer le paiement du cédant en l'absence de notification, la Cour de cassation française admet que le banquier réceptionnaire n'est pas tenu à restituer au cessionnaire les fonds encaissés par lui⁹⁵². Cette position est soutenable car, en réceptionnant les fonds, le banquier réceptionnaire agit en qualité de mandataire du cédant et devient, en raison de l'inscription au compte du cédant, dépositaire des sommes encaissées. Donc, il n'a pas d'obligation à l'égard du cessionnaire, mais plutôt du cédant. Ces conditions sont de nature à limiter la chance de paiement du cessionnaire, et surtout, lorsque le cédant est défaillant. De ce fait, le cessionnaire court le risque de ne pas obtenir paiement. Et, il est même légitime de croire à l'absence de paiement du cessionnaire au regard de tous ceux qui précèdent.

2- L'absence de paiement du cessionnaire

La cession de créance à titre de garantie est une cession de propriété à titre de garantie. La propriété de la créance cédée est transférée au cessionnaire à titre de sûreté. Le mécanisme, conformément aux dispositions de l'art 80 de l'A.U.S, la créance est cédée pour garantir un crédit consenti, c'est-à-dire une personne (le cédant) détenant une créance sur un tiers (le cédé) cède celle-ci à une autre (le cessionnaire) contre un crédit. Elle s'apparente à la cession-escompte qui est « l'opération par laquelle l'établissement de crédit achète la créance du cédant, pour son client, en créditant son compte du montant de ladite créance diminué de celui des agios qui sont précomptés⁹⁵³ ». Ces deux opérations ont pour trait commun le transfert de la propriété de la créance.

Par ailleurs, l'efficacité de cette garantie, notamment la cession de créance, est conditionnée à l'accomplissement de certaines formalités qui sont intuitu personae et d'autres, ne le sont pas. C'est dans ce cadre qu'intervient l'opposabilité qui se manifeste de deux manières : à l'égard

⁹⁵⁰ DECKON (Fr. K), La notification de la cession de créance professionnelle, Op cit.

⁹⁵¹ DECKON (Fr. K), Ibid.

⁹⁵² DECKON (Fr. K), Ibid.

⁹⁵³ V. Cours de Droit bancaire, 2016, Consulté sur www.cours-de-droit.net , le 02-02-2017.

des tiers et du débiteur cédé. La première s'effectue par l'inscription de la sûreté au RCCM et la seconde, à la notification de l'acte de cession au cédé. Cette dernière formalité peut être substituée par l'intervention du débiteur-cédé à l'acte. Néanmoins, le cessionnaire doit être diligent afin d'accomplir la dernière, car son inobservation peut constituer un obstacle aux droits du cessionnaire et, par ricochet, l'absence de son paiement.

Sur la question, le droit OHADA n'est pas assez convainquant. Cependant, il précise qu'en l'absence de notification ou d'intervention du cédé dans l'acte de cession, le cédant reçoit valablement paiement. De cette position, nous pouvons déduire le risque d'impayé du cessionnaire, lorsque le cédant est soumis à une procédure judiciaire. C'est ce qui découle de la décision de la Cour de cassation qui a décidé que la procédure collective du cédant fait obstacle aux droits du cessionnaire sur les créances nées d'un contrat à exécution successive⁹⁵⁴. Bien vrai qu'il s'agisse d'une jurisprudence française, il est tout de même clair qu'une telle pratique peut inspirer les magistrats africains. Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques de la part de certains commentateurs⁹⁵⁵. Mais, il n'est pas le seul dans cette dynamique. Un autre arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2010 refuse le paiement intégral de la banque cessionnaire⁹⁵⁶ qui avait procédé à la formalité de notification. Un véritable témoignage à l'atteinte au paiement effectif du créancier. Ces positions constituent un réel handicap à l'efficacité de la garantie, considérée comme le levier du développement du crédit gage de la croissance économique, car cette garantie est, l'arme absolue, en cas d'ouverture de la procédure collective⁹⁵⁷. En plus, lorsque la cession de créance est consentie à titre de garantie, les règlements effectués avant l'ouverture de la procédure collective du cédant par le débiteur cédé entre les mains du cessionnaire restent acquis à celui-ci tant que les créances garanties par la cession ne sont pas payées, l'excédent éventuel n'étant restitué qu'après paiement⁹⁵⁸. Et, la pratique a, de tout temps, été tentée d'utiliser la propriété récupérable pour en faire la garantie d'une opération de crédit⁹⁵⁹. De nos jours, la propriété est enfin consacrée par le droit des sûretés de l'OHADA. Son essor est tributaire de la défaillance des techniques classiques de garanties face aux vicissitudes du droit des entreprises en difficulté, notamment le mauvais traitement infligé aux titulaires de ces sûretés. Cependant, l'inquiétude demeure, même avec la propriété

⁹⁵⁴ Cass. Com. 26 avr. 2000, RTD Com. 2000, p. 994, Obs. CABRILLAC ; D. 2000, p.265, Obs. PISONI.

⁹⁵⁵ CABRILLAC (M.), Ibid.

⁹⁵⁶ Cass. Com. 09 févr. 2010, arrêt n°09-10.119, D. 2010, Obs. DELPECH ; RTD Civ 2010, p. 360, Obs. CROCQ.

⁹⁵⁷ Cass. Com. 2 nov. 2006, Pourvoi n°04-13.718, RTD Com. 2006, p.171, Obs. LEGAIS.

⁹⁵⁸ Cass. Com. 30-06-2015, arrêt n°14-13.784 (n°664 FS-P+B), D. 2015, p. 1484.

⁹⁵⁹ KALIEU ELONGO (Y. R), Réflexion sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la garantie utilisée aux fins de garantie des crédits, Op cit., p. 195.

transmise à titre de garantie, en l'occurrence, la technique fiduciaire, parce que son bénéficiaire voit ses droits restreints dans les procédures de faillite.

Paragraphe II : Les restrictions tenant au transfert fiduciaire de somme d'argent

De prime abord, le Tfsa est défini comme « la convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation⁹⁶⁰ ». A observer cette disposition, nous constatons qu'un tiers peut constituer cette garantie au profit du débiteur. Cela n'empêche ce dernier de cumuler les deux statuts. Le législateur poursuit en ces termes, « ces fonds doivent être inscrits sur un compte bloqué, ouvert au nom du créancier de cette obligation, dans les livres d'un établissement de crédit habilité à les recevoir⁹⁶¹ ». Il s'agit d'une propriété cédée à titre de garantie dont le régime est organisé par les articles 87 à 91 de l'AUS. Néanmoins, nonobstant l'absence de réglementation spécifique de cette sûreté par le droit des entreprises en difficulté, des limites sont apportées à la qualité de propriétaire (A) et de créancier (B) du bénéficiaire, en présence d'une procédure collective.

A- L'atteinte au droit de propriété du bénéficiaire

Le droit de propriété est le droit le plus absolu. De cette affirmation découle le statut particulier du propriétaire par rapport aux autres titulaires de droit réel et montre que le propriétaire a un pouvoir illimité sur la chose, objet de la propriété. Donc, il peut tout faire. Cela dit, le droit de propriété est une notion aux contours flous, difficile à définir. Et d'ailleurs, une partie de la doctrine pense qu'il n'est pas possible de la définir⁹⁶². En dehors de cette précision notionnelle qui n'enlève en rien aux attributs du propriétaire, le bénéficiaire du Tfsa reste confronté aux problèmes d'accès à la somme grevée, selon que le constituant-débiteur ou le fiduciaire, soit soumis au traitement des difficultés des entreprises. En plus, la nature du compte abritant la somme grevée constitue un handicap pour le droit de propriété du bénéficiaire (1). Ainsi, ce dernier, outre la cession de sa créance, n'a d'autre alternative que de demander l'attribution de ladite somme qui semble être difficile (2).

⁹⁶⁰ Art 87 al. 1^{er} de l'AUS.

⁹⁶¹ Art 87 al. 2 de l'AUS.

⁹⁶² ATIAS (Ch.), Droit civil, les biens, éd. Litec, 2000, p.77, n°59.

1- La nature du compte abritant la somme grevée, un handicap au droit de propriété du bénéficiaire

Le titulaire d'une sûreté-propiété doit pouvoir la réaliser facilement, en cas de défaillance de son débiteur, afin de recouvrer son droit de disposer de la chose. Malheureusement, cette possibilité est alourdie dans le cadre du Tfsa, parce que le compte qui abrite l'argent grevé est, par nature, bloqué. Bien vrai qu'ouvert au nom du créancier, il n'a pas une facilité d'accès audit compte, car le fiduciaire est le créateur du compte et demeure en partie propriétaire de la somme grevée, en raison du fait que la fiducie peut être qualifiée d'un démembrement inédit de la propriété⁹⁶³.

Comparativement aux autres démembrements de la propriété, tels que : l'usufruit, la servitude et même l'emphytéose, le bénéficiaire du Tfsa n'a ni le droit d'usage ni de jouissance. Ce qui se comprend aisément et résulte de sa nature de sûreté, notamment d'un droit réel accessoire. Mais le créancier, bien que garanti par un bien, n'a pas non plus toutes les prérogatives d'un titulaire de droit réel, notamment, un gagiste qui bénéficie, outre son droit de préférence et de suite, d'un droit de rétention, lorsque le gage est constitué avec dépossession⁹⁶⁴. C'est le cas du Tfsa qui est aussi une sûreté avec dépossession. Face à la procédure collective du fiduciaire, il doit pouvoir opposer sa rétention, puisque la position du fiduciaire s'analyse comme celle d'un mandataire. D'ailleurs, l'ouverture d'un compte en banque s'analyse comme un contrat de dépôt de fonds chez le banquier qui peut, en outre, être investi d'un mandat exprès de payer des créanciers du titulaire de compte. C'est en qualité de dépositaire et de mandataire que le banquier détient lesdites sommes⁹⁶⁵. Sauf que, l'imprécision des rapports entre ces trois personnes laisse douter de l'existence d'un tel droit au bénéfice du créancier. Cette lacune s'explique par le fait que le rapport entre le créancier et l'établissement teneur de compte n'est pas détaillé. Ce qui fait qu'une procédure collective de ce dernier risque de laisser le bénéficiaire impayé. En pratique, la somme logée dans le compte n'est pas bloquée pour le fiduciaire qui a un droit d'usage et de jouissance⁹⁶⁶ sur les fonds et le créancier n'a pas un droit réel contre lui.

⁹⁶³ NICOLLE (M.), La fiducie sans transfert de propriété au fiduciaire, D. 2014, p. 2071, n°9.

⁹⁶⁴ V. art 99 de l'AUS. Cet article dispose que « lorsque le gage est constitué avec dépossession, le créancier gagiste peut, sous réserve de l'application de l'article 107, alinéa 2 du présent acte uniforme, opposer son droit de rétention sur le bien gagé, directement ou par l'intermédiaire du tiers convenu, jusqu'au paiement intégral en principal, intérêts et autres accessoires, de la dette garantie ».

⁹⁶⁵ ISSA-SAYEGH (J.), La mise en gage des comptes bancaires, Ohadata D-05-29, Consulté sur www.ohada.com, le 16-08-2014.

⁹⁶⁶ Le droit d'usage et de jouissance du fiduciaire s'explique par l'art 90 de l'AUS qui dispose que « si les fonds cédés produisent intérêts, ces derniers sont portés au crédit du compte, sauf convention contraire ». Ainsi, comment une somme grevée peut produire des intérêts sans pour autant être au service du détenteur. Donc, nous voyons mal un fonds produisant des fruits en absence de son utilisation.

Ce qui n'est pas à confondre avec le gage de compte bloqué et le gage de compte en fonctionnement qui est ouvert au nom du constituant⁹⁶⁷. Par conséquent, il ne pourrait pas se prévaloir de sa qualité de propriétaire dans ladite procédure.

L'opposabilité au tiers de la sûreté qui se résume par sa notification à l'établissement teneur de compte, sans une publicité, a certes un impact positif pour son attractivité, aux yeux des établissements de crédit dans le contexte des procédures collectives. Mais, son caractère occulte risque d'être source de conflits (conflit entre le cessionnaire et un créancier saisissant ou bénéficiaire d'un avis à tiers détenteur, entre cessionnaire successif des créances, entre le cessionnaire et un affactureur, entre le cessionnaire et le porteur d'un effet de commerce, entre le cessionnaire et le banquier réceptionnaire des fonds, entre le cessionnaire et un sous-traitant du cédant, entre le cessionnaire et un fournisseur invoquant une clause de réserve de propriété) et, par conséquent d'une insécurité peu compatible avec les exigences du crédit⁹⁶⁸.

L'agent fiduciaire, à l'image de l'agent des sûretés, œuvre pour le compte du ou des créanciers qui sont, en principe, ses mandants. Néanmoins, dans le cadre de la fiducie-OHADA, le constituant, en l'occurrence le fiduciant, semble être le mandant. La raison est simple, le Tfsa n'est pas un transfert définitif, mais plutôt provisoire ou temporaire. Ce qui fait que le fiduciant reçoit restitution dans l'hypothèse d'un paiement intégral du créancier.

En outre, les droits du créancier sont limités à plusieurs points, au regard de la division des sûretés réelles, en sûretés avec ou sans dépossession. En droit français, la fiducie est avec ou sans dépossession. Par contre, le modèle du droit OHADA est unique en son genre, d'où la possible appellation de « fiducie sui generis ». Et en ce qui concerne, la seconde subdivision, elle est relative aux sûretés conférant un droit de préférence ou exclusif⁹⁶⁹. Cette dernière qualité est propre à la propriété, donc inhérente à la sûreté-propriété, notamment, la propriété cédée à titre de garantie. Mais, le rôle secondaire qu'occupe la propriété utilisée à titre de garantie et, l'admission du fiduciant, considéré comme le nu-propriétaire, à la procédure collective, risquent de rendre cette sûreté inefficace. Heureusement que la qualité de fiduciaire et de bénéficiaire peuvent se greffer sur une même personne encore appelée fiduciaire-bénéficiaire⁹⁷⁰. Dans ce

⁹⁶⁷ YODE KAKALY (J-D.), L'affectation de compte bancaire en garantie d'une dette, Th., Toulouse, 2010, n°384.

⁹⁶⁸ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER, Droit des sûretés, Op cit., n°661.

⁹⁶⁹ Il y a également d'autres subdivisions, sans être exhaustif telles que : sûretés dans le concours et sûretés hors du concours, sûretés mobilières et immobilières, sûretés conventionnelles et légales, et il existe même des sûretés spécifiques. Cependant, cette appellation est propre uniquement qu'aux sûretés réelles et non celles personnelles.

⁹⁷⁰ BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER, Op cit., n°710.

cas, et avec la dépossession du constituant, le fiduciaire peut bel et bien opposer un droit de rétention⁹⁷¹. A défaut, il est astreint de demander l'attribution du bien qui semble difficile.

2- La difficile attribution de la somme grevée au bénéficiaire

La technique de l'utilisation de l'argent à titre de garantie est le fruit de la vitalité de la liberté contractuelle en matière de sûreté. Jadis appelé gage-espèce ou de compte et même nantissement de somme d'argent ou de compte bancaire, la volonté du créancier d'obtenir la certitude de pouvoir être payé à l'échéance, a abouti à sa consécration. D'abord, elle a vu le jour dans la pratique anglo-saxonne du nom de « trust » pour ensuite voir son introduction dans le droit positif français après moult répugnances sous le vocable : « fiducie » et enfin en droit des sûretés OHADA en 2010. Le législateur africain a préféré l'appellation de transfert fiduciaire de somme d'argent. Ce rappel historique n'est pas fortuit et aidera à asseoir davantage notre compréhension.

Quant à l'attribution, c'est l'action d'attribuer quelque chose à quelqu'un. Elle est dite judiciaire ou conventionnelle. Pendant longtemps, elle était prohibée en droit positif. Avec la réforme des sûretés, ce mode de réalisation contractuelle a vu le jour. Ainsi, cet assouplissement dans la gestion des garanties apporte, sans nul doute, une efficacité énorme au droit des sûretés. L'attribution conventionnelle ou pacte comissoire est définie comme *la convention par laquelle les parties décident lors de la constitution du gage, que le créancier pourra devenir propriétaire de la chose gagée*. Le vocabulaire juridique nous renseigne que c'est le *nom traditionnel donné, en matière de sûreté, à la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice)*⁹⁷². Donc, en principe le créancier devient propriétaire du bien grevé, sans formalité judiciaire, selon les articles 104 et 105 de l'AUS.

Pour plus de commodité, nous allons les aborder de façon alternée dans les procédures collectives en mettant l'accent sur la thèse judiciaire, car, selon Lacordaire⁹⁷³, « entre le fort et le faible, c'est la liberté qui asservit et la loi qui libère ». Loin d'être partisan de la doctrine du déclin de l'autonomie de la volonté, il s'agit pour nous, de suivre la linéarité des dispositions qui règlementent l'attribution. La première, en l'occurrence, l'attribution judiciaire est prévue de la sorte : « le créancier peut aussi faire ordonner par la juridiction compétente que le bien

⁹⁷¹ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°791.

⁹⁷² CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Pacte comissoire.

⁹⁷³ Prêtre dominicain français et ancien avocat (1802-1861).

gagé lui sera attribué en paiement jusqu'à due concurrence du solde de sa créance et d'après estimation suivant les cours ou à dire d'expert⁹⁷⁴ ». Selon cet article, le doute n'est plus permis, le créancier alloti de sûretés peut bel et bien demander l'attribution du bien grevé à titre de paiement⁹⁷⁵. Cependant, la question fondamentale demeure le sort ou la chance de réussite de cette opération dans une procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur. Pour ce faire deux cas sont à distinguer : selon que le failli est soumis à une procédure de traitement préventif ou curatif.

Dans le premier, l'accent est mis sur la sauvegarde de l'entreprise débitrice. Donc, tous les moyens sont mis en jeu afin d'obtenir ou d'aboutir à la santé financière et économique. Les créanciers sont malmenés ou maltraités à cette fin et cela, indifféremment de leur statut, notamment, chirographaire ou munis de sûretés. Le principe à cet effet, demeure la soumission aux vicissitudes du droit des entreprises en difficulté. C'est ainsi que des mesures de suspension des poursuites individuelles, d'interdiction de paiement et même d'arrêt du court des intérêts sont imposées aux créanciers. Dans cet ordre d'idées, aucune action judiciaire ne peut prospérer de nature à attribuer des biens. Et le législateur de préciser que : « *la décision d'ouverture du règlement préventif suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision pour une durée maximum de trois (03) mois, qui peut être prorogée d'un (01) mois dans les conditions prévues à l'article 13, alinéa 2, sans préjudice de l'application de l'article 14 alinéa 3*⁹⁷⁶ ». La CCJA⁹⁷⁷ ne ménage aucun effort pour le respect de cette disposition même si dans son application relativement au domaine, elle est critiquée d'être imprécise, quant aux motifs⁹⁷⁸ avancés. Les Hauts magistrats africains affirment dans cette espèce que : « *la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas à une action en expulsion qui ne saurait être assimilée ni à une voie d'exécution, ni à une mesure provisoire* ». Nous constatons donc que, même étant antérieure au droit réformé, cette décision trouvera application et servira d'illustration, car ladite attribution, future judiciaire ou conventionnelle, exprime une mesure d'exécution. Ainsi le pacte commissaire, prévu par l'art 104 al. 3 de l'AUS en ces termes, « *si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent*

⁹⁷⁴ Art 104 al. 2 de l'AUS.

⁹⁷⁵ KALIEU ELONGO (Y. R), Propriété retenue ou cédée à titre de garantie, in Encyclopédie du droit OHADA, sous la direction de P. -G. POUGOUE, éd. Lamy, 2011, p.1448.

⁹⁷⁶ Art 9 al. 1^{er} de l'AUPCR.

⁹⁷⁷ CCJA, arrêt n°025/2013 du 18 avr. 2013, Ohada.com/Ohadata J-15-25.

⁹⁷⁸ SAWADO GO (F. M), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 sept. 2015 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, note sous art 9, in OHAADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, Op cit., p. 1170.

*convenir que la propriété du bien gagé sera attribué au créancier gagiste en cas de défaut de paiement, il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel. En ce cas, le bien gagé doit être estimé au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite*⁹⁷⁹ », est aussi concerné, c'est-à-dire aucune forme d'attribution n'est possible au regard desdites dispositions. Néanmoins, le bénéficiaire du Tfsa peut obtenir gain de cause dans une procédure curative, puisque les arts 75 et 150 de l'AUPCR permettent un tel mode, surtout lorsqu'il s'agit de l'attribution conventionnelle. D'ailleurs, une partie de la doctrine aborde dans le même sens. Elle affirme que la mise en œuvre du pacte commissaire n'est pas restreinte, en cas d'ouverture d'un redressement judiciaire ou d'une liquidation des biens⁹⁸⁰. Reste à espérer une jurisprudence africaine favorable à la qualité de propriétaire du bénéficiaire du Tfsa.

Par ailleurs, il demeure soumis aux restrictions du droit de la faillite OHADA en tant que créancier du failli.

B- L'atteinte au droit de créance du bénéficiaire

Tous les créanciers antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective y compris le bénéficiaire d'une fiducie dont les droits sont nés antérieurement sont assujettis. Et leurs droits sont restreints (1) ou paralysés, partiellement dans un temps bien déterminé afin d'instaurer la discipline collective. Ces restrictions sont corollaires à l'obligation de production des créances (2) afin de déterminer le patrimoine du débiteur défaillant.

1- Les restrictions de poursuite relative au paiement

Poursuivre un débiteur aux fins de paiement est un droit pour tout créancier. Malheureusement, l'admission du débiteur à une procédure de traitement des difficultés constitue un obstacle à l'exercice d'un tel droit. Cette situation peut paraître compréhensive eu égard à l'objectif de sauvetage et de sauvegarde du tissu économique. Partant, la volonté de ruiner ou de diminuer l'efficacité du droit de créance sur l'entreprise débitrice est salubre. C'est ce qui explique les mesures de suspension, d'interdiction et d'interruption des poursuites de nature individuelle. Ces restrictions sont imposées aux créanciers dont la créance est née antérieurement à

⁹⁷⁹ Art 104 al. 3 de l'AUS.

⁹⁸⁰ CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, Droit et Patrimoine, n°253, Op cit., p. 62.

l'ouverture de la procédure⁹⁸¹. Or, la créance du bénéficiaire de la fiducie-sûreté est antérieure à la procédure. C'est pourquoi, le créancier est soumis aux exigences du droit de la faillite. Cette interdiction ou interruption a pour conséquence d'empêcher les créanciers de réclamer individuellement et séparément le règlement de leur créance⁹⁸².

Pour ce faire, l'art 75 al. 1^{er} de l'AUPCR dispose que : « *La décision d'ouverture du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous créanciers composant la masse, qui tend :*

1° *à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ;*

2° *à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ». A la lecture de cette disposition, nous constatons que les créances concernées sont celles composant la masse. La question se pose de savoir si le titulaire de la propriété cédée, à titre de garantie, est concerné lorsqu'il agit en tant que créancier et non propriétaire ? La réponse est positive, puisque la masse est aussi composée de créances antérieures. Mais, contre qui peut-on diriger cette action ? La résolution de ce problème mérite un éclaircissement en amont du rapport existant entre les trois personnes en présence d'un tiers teneur de compte. Sera examiné le cas du constituant-débiteur et l'hypothèse d'un tiers teneur du compte, car dans le cadre d'un fiduciaire-bénéficiaire, les droits de celui-ci s'analysent comme ceux d'un rétenteur qui n'a pas besoin d'agir. Sa force se trouve dans l'inertie. Tel n'est pas le cas, lorsque les fonds grevés, sont placés dans les mains d'une autre personne. De ce fait, le bénéficiaire est obligé d'agir dans la procédure collective du fiduciaire, puisque le compte est ouvert à son nom. Mais, il n'a pas intérêt d'autant plus qu'il ne bénéficiera d'aucun privilège par rapport aux autres créanciers⁹⁸³. Est-ce à dire que cela suffit pour faire du fiduciaire le débiteur du bénéficiaire de la garantie. Une chose est claire, « à l'échéance et en cas de complet paiement de la créance garantie, les fonds inscrits sur le compte sont restitués au constituant ». Par contre, « en cas de défaillance du débiteur et huit jours après que le constituant en ait été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds cédés dans la limite du montant des créances garanties demeurant impayées ». Et le législateur⁹⁸⁴, pour terminer, précise que : « Toute clause contraire au présent article est réputée non écrite ». La partie principale en considération de ces précisions

⁹⁸¹ V. MEUKE (B. Y), De la suspension des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif de l'OHADA : le sort de la caution, Ohada.com/Ohadata D-08-14.

⁹⁸² KALIEU ELONGO (Y. R), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.119.

⁹⁸³ PODEUR (G.), La procédure collective du fiduciaire : quelles protections pour le constituant et le bénéficiaire ?, Op cit., p.1653.

⁹⁸⁴ V. art 91 de l'AUS.

reste le débiteur et surtout lorsque ce dernier cumule les deux statuts⁹⁸⁵, parce qu'à contrario, la position du constituant s'analyse comme celle de la caution. Néanmoins, l'ouverture d'une procédure n'est pas synonyme de déchéance, sauf en cas de liquidation des biens et à l'égard du débiteur seulement⁹⁸⁶. Donc, au demeurant, même s'il existe plusieurs débiteurs au bénéfice du bénéficiaire, à l'échéance, celui principal reste le débiteur-nommé. Et en cas de procédure collective contre le fiduciaire, l'initiative de changer le tiers teneur lui revient principalement. La défaillance du compte fiduciaire également l'engage auprès du créancier. Néanmoins, le créancier non fiduciaire dispose d'un droit personnel contre le fiduciaire, lui permettant d'exiger la remise des fonds en pleine propriété⁹⁸⁷. En définitive, toute poursuite ou action de nature à obtenir paiement est interrompue ou interdite à l'égard du débiteur.

En pratique, la jurisprudence a ordonné la discontinuation des poursuites et affirme que la mise en liquidation de la société débitrice par jugement du 16 février 2000 justifiait, selon l'art 75 de l'AUPC, que les poursuites dirigées contre elle soient arrêtées⁹⁸⁸. Et une partie de la doctrine, en précisant la portée et limite de la suspension des poursuites, estime qu'elle s'étend non seulement aux actions provenant des chirographaires mais aussi à celles émanant des bénéficiaires des privilèges généraux ou de sûretés réelles spéciales⁹⁸⁹. Bien que cette décision soit antérieure à la réforme, elle pourrait s'appliquer, eu égard à son objectif, d'instaurer l'égalité des créanciers.

Il est à souligner que le bénéficiaire de la fiducie, en mettant l'accent sur sa qualité de créancier, s'apparente à un chirographaire, donc soumis à la rigueur de la procédure collective. De ce fait, il doit produire sa créance pour sauvegarder cette qualité et prétendre à un paiement.

2- L'obligation de production des créances

L'obligation de production des créances s'impose à tous les créanciers, à l'exception des créanciers d'aliments⁹⁹⁰ qui ne sont pas concernés par cette procédure de même que les créanciers revendiquant⁹⁹¹. Sont donc, visés tous les créanciers formant la masse, notamment, ceux dans la masse, indifféremment de leur statut chirographaire ou privilégié. La même

⁹⁸⁵ C'est-à-dire, la qualité de constituant et de débiteur.

⁹⁸⁶ Art 76 de l'AUPCR.

⁹⁸⁷ KACZMAREK (L.), Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération, Op cit., p. 1845, n°20.

⁹⁸⁸ CA Dakar, arrêt n°153 du 9 sept. 2001, Obs. SAWADOGO in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016, Op cit., p.1242 ; TGI Bobo-Dioulasso, Ordonnance, de référé n°68 du 06 juin 2003, Ohada.com/Ohadata J-04-58.

⁹⁸⁹ SAWADOGO (F. M), Ibid., p.1241.

⁹⁹⁰ V. art 78 al. 1^{er} de l'AUPCR.

⁹⁹¹ KALIEU ELONGO (Y. R), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.120.

obligation s'applique aux créanciers qui ont introduit, avant la décision d'ouverture, une poursuite en condamnation en vertu d'un titre ou à défaut de titre, afin de reconnaître son droit. Et conformément à l'art 80 al. 2 de l'AUPCR, les créanciers doivent préciser dans leur déclaration, la nature des sûretés dont sont assorties les créances. Ainsi, en tant que créancier antérieur de l'entreprise soumise à une procédure collective, le créancier titulaire d'un Tfsa y compris le rétenteur, doivent *a priori*, satisfaire à l'obligation de production⁹⁹², nonobstant leur insoumission à celle-ci⁹⁹³. Pourtant, l'obéissance à celle-ci peut paraître sujette à hésitation et ne leur confère pas un droit de préférence de même que le cessionnaire⁹⁹⁴. Mais, ils ont intérêt à le faire car leur situation est comparable à celle du rétenteur et du réservataire. Or, en la matière, la Cour de cassation française a décidé que le défaut de déclaration de la créance emporte son extinction⁹⁹⁵. Même si cette extinction n'est plus d'actualité et a été remplacée par l'inopposabilité à la procédure, la production demeure importante, puisqu'elle permet de sauvegarder l'opposabilité de la qualité de créancier à la procédure. C'est pourquoi, le rétenteur procède également à son accomplissement⁹⁹⁶.

Une fois le principe admis, reste à se poser la question de savoir s'il ne serait pas nécessaire d'indiquer la qualité de bénéficiaire de la fiducie. En comparaison avec le titulaire d'une clause de réserve de propriété, les Hauts magistrats français ont affirmé dans deux arrêts⁹⁹⁷ que *la mention dans la déclaration de l'existence d'une clause de réserve de propriété ne justifie pas l'admission de la créance à titre privilégié*. A suivre cette jurisprudence, le créancier du Tfsa, en accomplissant cette formalité, n'aura pas le statut de privilégié et sera donc traité sans préférence. Cela risque d'être une source de démotivation de la production. Mais, l'existence d'une incertitude de paiement à l'ouverture d'une procédure contre son débiteur ne peut être traitée qu'en l'accomplissant. Et, le paiement à l'intégralité peut aussi faire défaut, faute de défaillance du compte bloqué, dû à un événement affectant le fiduciaire. Ainsi, l'idée d'une assurance réparation peut naître sauf que, les critères d'indemnisation sont souvent rigoureux et du coup, diminuent la chance de règlement de la créance.

⁹⁹² OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Th., Montpellier, 2016, n°603.

⁹⁹³ OYONO (M.), Ibid., n°599.

⁹⁹⁴ Cass. com. ? 20 févr. 2007, n°05-20.562 : Juris-Data n°2007-037499.

⁹⁹⁵ Cass. com, 09 janv. 1996, n°03-12.667, D. 1996 p.184, Obs. DERRIDA ; RTD Civ. 1996, p. 436, Obs. CROCQ.

⁹⁹⁶ V. Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, arrêt n°592 F-D, RTD Com. 2015, p.745, Obs. MARTIN-SERF.

⁹⁹⁷ Cass. com., 15 oct. 2013, n°12-14.944 et 12-25.993 in RDBF, n°2, mars 2014, Obs. HOUIN-BRESSAND, Op cit. ; Act. Proc. 2013- 18, alerte 268, Obs. VALLANSAN, Op cit.

En droit français, on parle de patrimoine d'affectation en matière de fiducie-sûreté, donc, une véritable atteinte au principe sacro-saint de l'unicité du patrimoine au point qu'une partie de la doctrine avait douté de l'existence d'une nécessité de mentionner ladite garantie dans la déclaration de créance avant de la reconnaître⁹⁹⁸. A la différence de son homologue français, le législateur OHADA a trouvé une formule plus pratique. Il s'agit de la sûreté sur l'argent. Et pour la différencier du gage-espèce, il a préféré l'appellation de : « Transfert fiduciaire d'une somme d'argent », une façon de répondre à l'assimilation de la fiducie-sûreté au nantissement de créance⁹⁹⁹. Mais, ces créanciers, par prudence, doivent produire leur créance.

Bien que n'étant pas une obligation légale, le créancier bénéficiaire doit produire sa créance à la procédure de son débiteur, voire même celle de la banque teneuse du compte, puisque dans les deux cas, son paiement passe par le biais de l'activation d'un droit personnel. C'est cette position qui est défendue par les juges de la Cour de cassation. Ils affirment qu'une demande de restitution de fonds ne peut être formée au moyen d'une revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur¹⁰⁰⁰. D'ailleurs, la jurisprudence française considérait que la réserve de propriété était un accessoire de la créance¹⁰⁰¹ avant de l'admettre comme sûreté¹⁰⁰². Or, les droits du titulaire de fiducie s'apparentent à ceux du bénéficiaire de la clause de réserve de propriété. Cette situation est d'autant plus renforcée que le législateur OHADA en a consacré tout un chapitre¹⁰⁰³. Néanmoins, cela ne veut pas dire qu'ils sont identiques. Par ailleurs, l'absence de production, dans le délai, entraîne la forclusion. Le créancier est déclaré forclos. Mais, il peut se libérer de la forclusion en utilisant la technique du « relevé de forclusion¹⁰⁰⁴ » et cela, conformément aux dispositions de l'art 83 de l'AUPCR. Cette prérogative a été accordée par la

⁹⁹⁸ V. DAMMANN (R.), PODEUR (G.), Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?, Op cit., p.1359.

⁹⁹⁹ Pour la dissimulation entre fiducie et nantissement de créance, v. LEGEAIS (D.), La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives, Op cit., p.687, n°17.

¹⁰⁰⁰ LUCAS (Fr. -X.), LE CORRE (P. -M.), Droit des entreprises en difficulté, D.2013, p. 2363 ; Cass. com., 22 mai 2013, n°11-23.961, D. 2013, p. 1342, Obs. A. LIENHARD ; Rev. Société 2013, p.526, Obs. P. ROUSSEL GALLE.

¹⁰⁰¹ Cass. com. 15 mars 1988, n°86-13.687, Bull. civ. IV, n°106, D. 1988, p. 330, Obs. PEROCHON.

¹⁰⁰² Cass. com. 09 mai 1995, n°92-20.811, RTD civ. 1996, p.441, Obs. CROCQ ; Cass. com. 23 janv. 2001, n°97-21.660, D. 2001, p. 702, Obs. LIENHARD.

¹⁰⁰³ V. Chapitre III du Titre II de l'AUS intitulé : « sûretés mobilières ». Le chapitre III renferme la mention : « Propriété retenue ou cédée à titre de garantie ».

¹⁰⁰⁴ V. TGI Noun, Ordonnance du 20 févr. 2009, Ohada.com/Ohadata J-09-241, Obs. KALIEU. Dans une espèce également, la Cour de cassation française pour accorder le bénéfice du relevé de forclusion affirme que : « le délai ne court pas contre une personne dans l'impossibilité d'agir ». Cet arrêt vient de confirmer davantage l'influence du fait sur le droit. V. Cass. com. QPC 5 sept. 2013, n°13-40.034, FS-P+B, in Chronique de droit des entreprises en difficulté, Ohada.com/Ohadata D-14-12, Obs. L. C. HENRY.

jurisprudence au motif que la signification était antérieure à la liquidation¹⁰⁰⁵. Il s'y ajoute que la demande en relevé de forclusion est formée par voie de requête adressée au juge-commissaire et permet au créancier de concourir seulement aux répartitions et aux dividendes postérieurs et non antérieurs. Ces restrictions ne sont pas propres uniquement qu'aux titulaires des sûretés-propriétés, mais elles s'étendent également aux rétenteurs.

¹⁰⁰⁵ C. S. Congo, Chambre commerciale, arrêt n°02/ GCS.01 du 27 /04/2001, in KALIEU ELONGO (Y. R), Le droit des procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p.121.

Chapitre II : Les restrictions aux droits des créanciers rétenteurs

« Paie-moi ! Tant que je ne serai pas payé, je garderai la chose »¹⁰⁰⁶.

Ces propos témoignent la force du fait sur le droit. A cet effet, un poète français¹⁰⁰⁷ affirmait, à titre de dénonciation, le tort subi par le faible en ces termes : « la raison du plus fort est toujours la meilleure ». Le droit des sûretés n'est-il pas la traduction d'une telle philosophie ? La réponse semble positive, car, le faible, celui qui pourrait ne pas payer, doit accepter la loi du fort, celle du créancier. Il doit accepter l'emprise du créancier sur un bien dont il reste propriétaire. Le droit de rétention, jadis considéré comme une institution unitaire susceptible d'une qualification juridique classique, est en réalité un droit *sui generis* rebelle aux velléités taxinomiques¹⁰⁰⁸. C'est ce qui lui a d'ailleurs valu la qualification de « reine des sûretés » et même de sûreté-invincible¹⁰⁰⁹. Néanmoins, les choses ne sont pas toujours roses. En théorie comme en pratique, des atteintes sont attachées aux droits des créanciers rétenteurs. Et lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur, les créanciers sont privés de prérogatives, notamment, des droits (Section I) et actions (Section II) dévolus au bénéficiaire d'un droit réel.

Section I : Le refus des droits d'un titulaire de droit réel

Le droit réel est défini par le vocabulaire juridique comme, *un droit qui porte directement sur une chose (jus in re) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose*¹⁰¹⁰. Il renferme deux subdivisions : les droits réels principaux (propriété, usufruit, droit d'usage, servitude, emphytéose, droit de superficie) et les droits réels accessoires (sûretés réelles). Les derniers, contrairement aux premiers, ne confèrent à leur bénéficiaire aucune des utilités économiques de la chose, notamment, l'usage, la jouissance. Le droit réel est vidé de sa substance matérielle au profit des attributs juridiques qui sont : le droit de préférence et de suite. Ces prérogatives sont accordées aux titulaires de droit accessoire afin de garantir leur droit¹⁰¹¹ contre les tiers. C'est pourquoi, l'ancien Acte uniforme des sûretés, à propos de la créance du rétenteur, disposait que : « si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite et

¹⁰⁰⁶ V. BROU (K. M.), Le droit de rétention en droit ivoirien : conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur : à propos de l'affaire SATA Mali c/ Société Incart Fiat, Ohada.com/ Ohadata D-07-10.

¹⁰⁰⁷ La fontaine, le loup et l'agneau, Fables, Flammarion, 1995.

¹⁰⁰⁸ LUCIANO (K.), Analyse juridique du droit de rétention, Revue des procédures collectives- Revue bimestrielle, LexisNexis, Juil. -Août 2012, n°29.

¹⁰⁰⁹ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, D. 2001, p.2815.

¹⁰¹⁰ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Réel (droit).

¹⁰¹¹ MALAURIE (Ph), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., n°400.

de préférence comme en matière de gage ». Cependant, avec le droit réformé, le titulaire d'un droit de rétention ne bénéficie plus de ces prérogatives¹⁰¹². Ce qui conclut à l'inexistence d'un droit de préférence (Para I) et de suite (Para II) en sa faveur.

Paragraphe I : L'inexistence d'un droit de préférence

Le droit de préférence permet au créancier d'être préféré aux autres créanciers¹⁰¹³ de son débiteur. Cette faveur accordée au rétenteur par l'ancien droit a été purement et simplement enlevée par le droit rénové des sûretés. Et, la réforme du droit des entreprises en difficulté, intervenue postérieurement, n'a fait que reconnaître les innovations apportées aux droits des titulaires de sûretés. Cet enlèvement du droit de préférence a comme corollaire la vulnérabilité du rétenteur dans les procédures collectives. Donc, l'ancien droit était plus protecteur des droits du rétenteur que celui rénové dans la procédure. Néanmoins, l'efficacité de ce droit recommande qu'il ne produise plus, lors de son exercice, les mêmes effets que les garanties spécifiques traditionnelles. Or, ce sont ces dernières qui abritent les prérogatives de préférence. Donc, enlever le droit de préférence (A) aux droits du rétenteur peut paraître, une diminution de ces avantages, mais nécessaire (B) pour son autonomie et sa force dans les procédures collectives de paiement.

A- L'enlèvement du droit de préférence du rétenteur dans les procédures collectives

Le droit initial des sûretés accordait un traitement renforcé au titulaire du droit de rétention. Il le faisait par l'octroi d'un droit de préférence à son bénéficiaire. Malheureusement, avec la réforme de 2010, le législateur a enlevé cette faveur au rétenteur. En le faisant, il diminue les droits de ce dernier (1) et par conséquent, le rend vulnérable dans le concours des créanciers (2).

1- La réduction des droits du rétenteur

L'Acte uniforme du 17 avril 1997 portant organisation des sûretés avait consacré une préférence en faveur du rétenteur lui permettant d'évincer les autres créanciers dans le concours. C'est cet avantage que le droit rénové des garanties a enlevé. Cette situation est règlementée par l'art 70 de l'Acte uniforme rénové en ces termes : « *le créancier a l'obligation de conserver le bien retenu en bon état. Par dérogation à l'alinéa précédent, il peut faire procéder, sur autorisation de la juridiction compétente statuant à bref délai, à la vente de ce bien si l'état ou la nature périssable de ce dernier le justifie ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de*

¹⁰¹² V. SAMB (M.), Droit de rétention, in P. G. POUGOUE (Ss dir), Encyclopédie du droit OHADA, p. 722.

¹⁰¹³ AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, LGDJ, Coll. « Droit civil », Op cit., n°513.

proportion avec sa valeur. Dans ce cas, le droit de rétention se porte sur le prix de vente qui doit être consigné ». Il ressort de cette disposition que le créancier rétenteur ne peut pas procéder à la réalisation forcée du bien objet de la rétention afin de se payer sur le prix de vente. Par conséquent, il ne bénéficie pas d'un droit de préférence. Il doit se contenter d'une position passive¹⁰¹⁴ et négative, c'est-à-dire de n'engager aucune procédure de réalisation. De même, en cas d'ouverture d'une procédure collective contre son débiteur, il est soumis à la suspension ou l'interdiction ou même l'interruption des poursuites individuelles, selon le cas. Ainsi, le créancier rétenteur doit procéder à la production de sa créance, car tout paiement dans une procédure collective est conditionné à celle-ci.

A propos de la diminution des avantages du rétenteur relativement au droit de préférence, la chambre commerciale de la Cour de cassation française¹⁰¹⁵ affirme que : *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage même lorsqu'il en constitue un complément*. Cette décision des Hauts juges enlève toute ressemblance de ce droit avec celui du gagiste. Or, le gage est l'un des archétypes même des sûretés réelles traditionnelles conférant un droit de préférence. Mais, nous voyons que même la Cour va au-delà, en niant la qualité de sûreté à cette garantie. Elle reconnaît *in fine* que le rétenteur n'est pas doté d'une préférence dans la répartition, comme l'est le titulaire d'une sûreté mobilière classique. Pourtant, le pourvoi était fondé dans son argumentaire, parce que le droit de rétention est un attribut de la sûreté spéciale traditionnelle. Et d'ailleurs, l'art 159 de la loi française du 25 janvier 1985 l'assimilait¹⁰¹⁶ et cet article a même servi d'inspiration au législateur de 1997, lors de la rédaction de l'art 70 de l'AUS. Néanmoins, le rétenteur ne demeure pas moins un bénéficiaire de droit réel, puisque l'action possessoire lui est reconnue contre les tiers¹⁰¹⁷, sauf qu'elle est aussi reconnue comme prérogative du droit personnel. Ainsi, la question de la nature controversée de cette technique n'est plus à démontrer. Elle a été largement discutée en jurisprudence comme en doctrine¹⁰¹⁸, même si, le législateur OHADA, en suivant l'évolution

¹⁰¹⁴ V. SAMB (M.), Droit de rétention, in P. G. POUGOUE (Ss dir), Encyclopédie du droit OHADA, Op cit., p. 722, n°36.

¹⁰¹⁵ Cass. com., du 20 mai 1997, n°95-11.915, Bull. civ. IV, n°141, D. 1997, p. 707, Obs. P. CROCQ ; D. 1998.479, Obs. F. KENDERIAN ; Ibid. 102, Obs. S. PIEDELIEVRE ; Ibid. 115, Obs. R. LIBCHABER ; RTD Com. 1998, p. 202, Obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰¹⁶ CROCQ (P.), Ibid.

¹⁰¹⁷ CROCQ (P.), Ibid.

¹⁰¹⁸ V. LEGAIS (D.), Quel avenir pour le droit de rétention ?, RDBF n°5, Sept. 2014. 42.

du droit français s'expose aux conséquences de l'inflation des sûretés. Des garanties vont se neutraliser, faute d'un régime juridique cohérent¹⁰¹⁹.

La nature du droit de rétention dix-huit ans après la décision du 20 mai 1997, demeure toujours. La même chambre commerciale affirme de nouveau que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance¹⁰²⁰. Donc, la Cour de cassation admet le statut particulier de cette garantie en lui déniait la qualité de sûreté réelle et, par conséquent, des prérogatives qui en découlent. C'est peut être une façon pour les Hauts magistrats de nous rappeler que : *si les sûretés sont des garanties de paiement, toutes les garanties de paiement ne sont pas des sûretés*. Mais, qu'il s'agisse de garantie réelle ou de sûreté réelle, toutes les deux ont des attributs du droit réel, notamment le droit de préférence. De ce fait, nier la qualité de sûreté réelle de ce mécanisme est synonyme de réduction de ses prérogatives.

En outre, les juges du fond ont refusé d'admettre les droits du rétenteur dans une procédure préventive ouverte contre le débiteur¹⁰²¹. Cet arrêt a fait l'objet de vives critiques. Et nous souhaitons une application contraire dans le redressement judiciaire ou la liquidation des biens. De même, nous formulons les vœux afin que de telles entorses au droit du rétenteur ne puissent se produire encore.

Toutefois, ces restrictions aboutissent à l'absence de préférence dans le concours des créanciers.

2- L'absence de préférence dans le concours

L'ouverture d'une procédure collective regroupe les créanciers d'un même débiteur en masse. Le but recherché est de permettre un traitement équitable ou collectif des titulaires de créances. Cependant, la nature des liens qui unissent le sujet passif au sujet actif de l'obligation peut justifier la différence de leur traitement. C'est pourquoi, certains créanciers sont privilégiés et d'autres ne le sont pas. Néanmoins, ils vont tous participer à la répartition des deniers provenant de la réalisation des biens de l'entreprise débitrice et cela, au marc le franc, c'est-à-dire proportionnellement. L'idée de concours exclut toute inégalité ou préférence. Les droits doivent être de même nature. C'est le cas des héritiers dans une même succession¹⁰²².

¹⁰¹⁹ Cass. com., du 14 déc. 2010, n°09-71.767, RTD Civ. 2011, p.155, Obs. P. CROCQ. Dans cet arrêt, l'efficacité de la clause de réserve a été mise en cause par la cession de créance à titre de garantie.

¹⁰²⁰ Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, arrêt n°592 F-D, RTD Com. 2015. 745, Obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰²¹ C.A ABIDJAN, arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Ohada.com/ Ohadata J-10-248, Obs. R. ASSONTSA, Op cit.

¹⁰²² CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Concours.

Dans la quête de paiement prioritaire, en interdisant au créancier rétenteur d'entamer une procédure de réalisation, le législateur lui permet de substituer sa sûreté au prix de la réalisation, lorsque l'état du bien ne peut pas permettre sa conservation. La subrogation s'analyse comme une des prérogatives du droit réel et peut, en même temps laisser croire à l'existence d'un droit de préférence au bénéfice du rétenteur. Cependant, les dispositions organisatrices du classement, lors de la distribution des deniers du débiteur *in bonis*, s'opposent¹⁰²³, puisqu'il résulte de ces dispositions que le créancier rétenteur sera primé par les créanciers privilégiés et ne saurait de ce fait se prévaloir d'un quelconque droit de préférence¹⁰²⁴. L'article 226 de l'AUS rénové a été repris par le droit de la faillite de l'OHADA réformé avec les mêmes effets¹⁰²⁵. Donc, peu importe que le débiteur soit *in bonis* ou en cessation des paiements.

A cette question, les juges du fond qualifient la créance du rétenteur de chirographaire, thèse défendue par le pourvoi contre la décision de la cour d'appel dans l'arrêt du 16 juin 2015 de la chambre commerciale de la Cour de cassation, bien que les Hauts juges reprochaient au pourvoi d'avoir livré des arguments contradictoires, puisque, selon eux, le créancier d'une part ne peut sans se contredire, demander à la cour d'appel de prononcer l'admission d'une créance tout en soutenant que cette créance n'est pas soumise à la déclaration ; et d'autre part, que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance, de sorte que la cour d'appel, statuant dans la procédure de vérification et d'admission de créances, n'avait pas à répondre à un moyen inopérant¹⁰²⁶. Nous retiendrons quand même que la créance du rétenteur, en l'absence de forclusion, est dépourvue de toute préférence dans le concours, lui-même étant qualifié de chirographaire.

Cette situation se comprend aisément, car le rétenteur trouve sa force dans la passivité et non dans l'action. D'où il résulte de cet enlèvement de droit de préférence, une nécessité.

B- La diminution du droit de préférence du rétenteur, une nécessité dans les procédures collectives

Le droit de rétention, il faut le rappeler, constitue une sûreté réelle. Même si cette qualité continue de susciter des controverses, elle le demeure moins en droit OHADA, parce que l'ancien Acte uniforme, de même que celui actuel, l'ont consacré comme tel. Malheureusement,

¹⁰²³ V. art 226 de l'AUS rénové.

¹⁰²⁴ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? Revue de l'ERSUMA, n°06, 2016, p.444.

¹⁰²⁵ V. art 167 de l'AUPCR.

¹⁰²⁶ RTD Com. 2015 p. 745, Obs. A. MARTIN-SERF, Op cit.

son statut dans le droit rénové des sûretés et des procédures collectives ne lui permet pas de se prévaloir du droit de préférence.

Cela semble nécessaire eu égard aux aléas du concours entre créanciers formant la masse, puisqu'il lui permet d'obtenir un paiement intégral en excluant le concours (1). Mais, cette situation constitue un handicap pour l'atteinte des objectifs de sauvegarde de l'entreprise (2).

1- L'exclusivité du droit du rétenteur dans les procédures collectives

L'art 67 de l'AUSR dispose que : « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté, sous réserve de l'application de l'art 107 al. 2, du présent acte uniforme ». Cette disposition cumulée à celle de l'art 70 **AUSR** organisent les effets du droit de rétention. Au regard de ces dispositions, et nonobstant le statut du débiteur, le créancier rétenteur peut opposer son droit de rétention à la procédure. Qu'il s'agisse d'une procédure préventive ou curative, le pouvoir de blocage du titulaire de cette sûreté est opposable aux organes de la procédure qui ne peuvent l'écarter que contre paiement. Cette position est largement défendue par la jurisprudence. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 mai 1997 affirme que : « le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession¹⁰²⁷ ». Nous voyons bien que le refus de restitution du rétenteur s'étend aussi au plan de cession. Donc, le créancier rétenteur n'est pas à confondre avec les autres créanciers bénéficiaires de sûretés réelles qui vont bénéficier de la règle de l'affection de quote-part du prix de vente.

Et lorsqu'il s'agit d'une procédure de liquidation, l'art 149 de l'AUPCR permet au juge commissaire d'autoriser le syndic (liquidateur) à payer le rétenteur afin de retirer le bien retenu au profit de la masse. L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives, comme l'affirme la doctrine¹⁰²⁸, n'est plus à contester. Ainsi, cette garantie devient, non seulement la reine des sûretés, mais aussi la carte joker des créanciers.

Néanmoins, le retrait n'est pas automatique. Il se justifie par l'importance du bien. En droit français, il est conditionné d'une part, à la poursuite de l'activité de l'entreprise et, d'autre part, à l'autorisation du juge commissaire. Il peut se justifier également par des questions de

¹⁰²⁷ D. 1998 p.102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit. ; D. 1997 p. 312, Obs. A. HONORAT ; D. 1999 p. 5, Obs. F. DERRIDA ; RTD Civ. 1997 p. 709, Obs. P. CROCQ ; RTD Com. 1998 p 202, Obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰²⁸ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

liquidité¹⁰²⁹. Ces mêmes conditions sont applicables en droit OHADA. Donc, il est toujours souhaitable que le bien retenu ou détenu soit important pour la procédure. Faute de quoi, le créancier rétenteur risque de ne pas obtenir un paiement complet. En pratique, la question de la valeur de la chose retenue se pose rarement, car la plupart du temps, le bien objet de la rétention a une valeur plus élevée que celle de la créance et peut servir le redressement ou le désintéressement des autres créanciers.

En outre, la force de blocage que le rétenteur exerce sur la chose et qui lui permet d'exclure les autres et même le propriétaire de son utilisation, fait de cette garantie, une sûreté inégalable. D'ailleurs, elle place le rétenteur dans une situation d'exclusivité. Ainsi, les autres créanciers, titulaires de sûretés réelles classiques tels que : le nantissement et l'hypothèque dépourvus de droit exclusif, vont vouloir se ménager un tel avantage. Une telle situation aboutit à la promotion des sûretés exclusives¹⁰³⁰. Mais, elle est contre-productive, au regard des objectifs de sauvegarde du droit des procédures collectives.

2- L'exclusivité du rétenteur, un handicap aux objectifs de sauvegarde de l'entreprise

Si l'on réfléchit *de lege lata* on tient pour acquis que le droit de rétention est légitime¹⁰³¹ et légal. Donc, le débat sur sa qualification de sûreté réelle est vain¹⁰³². Ce qui importe, c'est l'impact du renforcement de son régime. L'absence d'assimilation du droit de rétention au gage a contribué à son développement. Il est devenu une sûreté attractive capable d'assurer la plus forte chance de paiement au créancier rétenteur, peu importe la nature de la procédure et la personne contre qui, il est exercé. Ainsi, son utilisation est toxique pour le développement des sûretés et freine l'atteinte des objectifs assignés au droit des entreprises en difficulté, dont la finalité est tournée vers la sauvegarde ou le sauvetage des entreprises viables. Malheureusement, face à un créancier rétenteur, le syndic est obligé de le désintéresser afin de mettre le bien au service de l'entreprise. Que faire en l'absence de liquidité pour faire face au règlement de la créance. Le pire risque de se produire, lorsque, la chose retenue avait fait l'objet d'un gage avec dépossession assorti de publicité. Dans ces conditions, le juge commissaire pourrait-il autoriser le syndic à retirer un tel bien contre paiement au détriment du gagiste dont le droit est antérieur. A ce sujet, les articles 67 et 107 al. 2 de l'AUSR apportent une limitation au droit du rétenteur. Bien que ces articles fassent allusion au débiteur *in bonis* en procédant au

¹⁰²⁹ POURQUIER (C.), La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit, Op cit., n°14.

¹⁰³⁰ LEGAIS (D.), Quel avenir pour le droit de rétention, Op cit., n°13.

¹⁰³¹ LEGAIS (D.), Ibid., n°5.

¹⁰³² MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., n°453.

règlement du rétenteur, l'organe de la procédure aurait à sa charge le coup de la violation des textes susvisés. Cette solution est une reprise de celle consacrée à travers l'art 2340 al. 2 du Code civil.

Malgré que, nous n'ayons pas une jurisprudence pour illustrer ce cas, il est clair que leur désintéressement coûterait et empêcherait, en l'absence de liquidité suffisante, le retrait de la chose, puisqu'en aucune façon, les droits du rétenteur ne sauraient primés ceux du gagiste dont les droits sont antérieurement acquis.

Les droits du rétenteur de bloquer la chose retenue seraient contre-productifs. Cette garantie a pour conséquence la faillite de l'entreprise, lorsqu'elle intervient lors du traitement préventif. Et le débiteur encourt la liquidation, si et seulement si, ce blocage arrive au moment du redressement judiciaire, parce que la lenteur dans la livraison peut être la conséquence d'une perte de marché et de clientèle. Or, il est plus facile de fidéliser une clientèle que de la récupérer.

Outre, l'inexistence du droit de préférence, le créancier rétenteur n'a pas non plus la prérogative assignée au droit de suite.

Paragraphe II : L'inexistence d'un droit de suite du créancier rétenteur

Le droit de suite sert à protéger le titulaire d'un bien contre les tiers. Il s'agit de l'attribut du droit réel permettant au titulaire de celui-ci de saisir le bien grevé du droit en quelque main qu'il se trouve. Par exemple : le droit de suite du créancier hypothécaire entre les mains du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué¹⁰³³. Il en va de même pour le gagiste et le rétenteur, conformément à l'ancien Acte uniforme. Cependant, le droit des sûretés rénové prive le rétenteur d'une telle prérogative. Ce qui fait qu'une dépossession lui fait perdre le pouvoir de revendiquer le bien dans les mains du tiers (A) et par conséquent, l'absence de paiement du rétenteur (B).

A- L'absence de prérogative sur le bien dans les mains du tiers

Le droit de rétention dont nul n'ignore l'utilité pratique, demeure controversé. Sinon, comment expliquer que le titulaire de droit réel soit amputé de l'exercice du droit de suite. Loin d'être une réflexion *de lege ferenda*, nos pensées ont une assise juridique. Et c'est conformément à la

¹⁰³³ CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Op cit., v. Suite (Droit de).

loi que la détention du bien grevé par le tiers (1) entraîne la perte de la prérogative de suite du rétenteur et devient corollaire de l'impossibilité de revendiquer le bien (2).

1- La détention du bien grevé par le tiers

Le droit de rétention, faut-il le rappeler, est le droit du créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur de le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui dû, et ceci indépendamment de toute autre sûreté ; la seule exception étant le droit du gagiste dont les droits ont été régulièrement publiés et antérieurs à ceux du rétenteur. La Cour de cassation¹⁰³⁴ a eu récemment à faire droit à la demande du créancier rétenteur dans ce sens. Elle a admis les droits de ce dernier contre le vendeur titulaire d'une clause de réserve de propriété. Ce qui veut dire que : pour retenir, il faut détenir. Ainsi, la détention apparaît comme la pierre angulaire de la rétention. Et lorsque, le rétenteur n'est pas en possession du bien, il perd sa qualité de droit réel, de même, s'il l'abandonne au profit d'un tiers¹⁰³⁵.

Le droit de rétention, souvent qualifié de garantie médiocre, l'est davantage dans l'hypothèse du bien détenu par une personne étrangère au lien conventionnel. L'indemnisation, comme c'est le cas en présence d'un réel pouvoir de blocage de la chose, devient un rêve. Le gêneur, comme l'appelle une partie de la doctrine¹⁰³⁶, n'étant plus possesseur, perd sa qualité de reine et cesse d'être en même temps le prince.

La jurisprudence a toujours prôné, comme condition essentielle de ce droit, la détention matérielle ou effective de la chose par le créancier. A cet effet, les Hauts juges affirment : « Pour retenir, il faut d'abord tenir¹⁰³⁷ ». Cet adage de la Cour témoigne l'importance et la nécessité d'une détention pour se prévaloir de la qualité de rétenteur. En transférant cette prérogative au bénéfice d'un tiers, il va de soi que : « le premier serait le dernier ».

Cependant, il est à préciser que la détention du tiers résulte de la volonté manifeste du rétenteur de se déposséder à son profit. Sinon, une partie de la doctrine s'était interrogée sur l'opportunité d'un refus du droit de suite au profit du créancier rétenteur. Et puisqu'il s'agit d'un dessaisissement volontaire, il peut s'analyser comme une renonciation au droit de rétention de sa part. Quid d'une hypothèse contraire, notamment, en présence d'un dessaisissement

¹⁰³⁴ Cass. civ. 20 déc. 2017, n°16-24.020., RTD Com. 2018 p. 185, Obs. B. BOULOC.

¹⁰³⁵ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, coll., Op cit., n°451.

¹⁰³⁶ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Ibid., Op cit., n°452.

¹⁰³⁷ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Op cit., p.442.

involontaire, occasionné par la perte ou le vol de la chose retenue. A cette question, une partie de la doctrine estime qu'avec le droit des sûretés rénové, il ne serait plus possible, pour le créancier rétenteur, de se prévaloir de cet avantage. L'autre partie s'inscrit dans la thèse positive et affirme qu'au regard des dispositions de l'ancien art 2279, remplacé par l'art 2276 du Code civil français qui attribue au rétenteur la qualité de possesseur de bonne foi, celui-ci pourrait toujours avoir le bénéfice de la revendication du bien entre les mains du tiers¹⁰³⁸. Néanmoins, le rétenteur se distingue d'un véritable possesseur, car son pouvoir se limite uniquement au blocage et non à l'accomplissement des actes positifs sur le bien, comme le fait le vrai possesseur, en utilisant l'*animus domini*. Il diffère donc, du bénéficiaire de la *pignoris capio*¹⁰³⁹.

2- L'impossibilité de revendiquer le bien grevé

Le droit de revendiquer est propre au titulaire de droit réel, en l'occurrence le propriétaire. Et malgré qu'il s'inscrive dans la diversité, tous ses bénéficiaires n'ont pas le droit de revendication. Revendiquer un bien suppose être le propriétaire de celui-ci¹⁰⁴⁰. Et les modes d'acquisitions de la propriété sont aussi variés. Sans être exhaustif, nous avons : l'héritage, la donation, la cession. Ainsi, nous retenons que même si certains points permettent d'assimiler le rétenteur au propriétaire, telle que l'exclusivité, ces deux ne sont pas égaux. Le premier bénéficie d'un droit réel *sui generis*, contrairement au second, qui est un droit réel par excellence.

Le droit de rétention n'arrive pas à s'insérer dans la taxinomie des garanties et des pouvoirs sur les choses¹⁰⁴¹ par rapport à la propriété. Le pouvoir du rétenteur sur le bien, en cas de dessaisissement volontaire, est réduit à néant. Ce dernier ne peut même pas obtenir la revendication du bien dans les mains de son débiteur, a fortiori dans celles d'un tiers. Le mobile déterminant reste le suivant : le dessaisissement volontaire du créancier rétenteur s'analyse comme un renoncement à sa garantie, l'empêchant de prétendre à exercer un droit de suite¹⁰⁴². Pourtant, antérieurement à la réforme, le droit des sûretés OHADA permettait au rétenteur d'agir comme le gagiste¹⁰⁴³. Peut-on affirmer qu'il est plus adapté dans le contexte du droit des

¹⁰³⁸ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Op cit., p.443.

¹⁰³⁹ LUCIANO (K.), Analyse juridique du droit de rétention, Op cit., n°18.

¹⁰⁴⁰ Le Grand Robert de la langue française, v. Revendiquer.

¹⁰⁴¹ REVET (T.), Nouvelle affirmation de la nature de droit réel du droit de rétention, Op cit., p.584.

¹⁰⁴² NJUTAPVOUI (Z.), Ibid.

¹⁰⁴³ L'art 43 de ce droit dispose : « si le créancier ne reçoit ni paiement ni sûreté, il peut, après signification faite au débiteur et au propriétaire de la chose, exercer ses droits de suite de préférence comme en matière de gage ». C'est le seul article qui règlement les effets de cette garantie contre le débiteur *in bonis*.

entreprises en difficulté. La réponse est positive car, il évite au moins l'effet toxique du droit de rétention. La question fondamentale qui se pose est de savoir si, dans ces circonstances, le rétenteur-dessaisi pourrait intenter une action en revendication dans la procédure du tiers-détenteur ? La réponse à cette question est négative. D'autant plus que l'action vise la reconnaissance du droit de propriété. Et lorsqu'elle aboutit, elle donne droit à la restitution. Or, à notre connaissance, le rétenteur n'est pas le propriétaire. Celui qui est fondé à agir en revendication contre le tiers acquéreur est son débiteur qui est propriétaire. Cependant, ce cas ne doit nullement être confondu avec l'entiercement qui découle d'un consensus.

En plus, la revendication ne s'exerce pas uniquement sur la chose, elle s'étend aussi à son prix, c'est-à-dire l'équivalence en espèce de la chose¹⁰⁴⁴. Mais, conformément aux droits rénovés, notamment, celui des sûretés et des procédures collectives, aucune disposition ne permet au rétenteur de produire sa créance dans la procédure du tiers acquéreur du bien. Pourtant, tout paiement dans la procédure, suppose l'accomplissement de cette formalité. Elle permet de préciser la nature des sûretés qui grèvent la créance. Néanmoins, la Cour de cassation a précisé que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance pour son opposabilité à cette procédure¹⁰⁴⁵. Elle conclut qu'il n'est pas assimilable au gage¹⁰⁴⁶. Malheureusement, c'est cette absence d'assimilation qui enlève au rétenteur l'exercice d'un droit de suite, même si par ailleurs, son utilité pour le rétenteur reste sujette à polémique. Son absence également fait perdre à celui-ci, la possibilité d'un pouvoir sur le bien détenu par un tiers après dessaisissement. Ce qui aboutit à l'absence de son paiement.

B- L'absence de paiement du rétenteur

Le désintéressement du rétenteur est corollaire de son pouvoir de nuisance qu'il exerce sur le bien retenu jusqu'au complet paiement. Ainsi, le défaut de prérogative sur la chose grevée équivaut à la perte de sa qualité de titulaire de sûreté (1) et, par conséquent, le réduit au rang de chirographaire (2).

1- La perte de la sûreté

Toute sûreté est une garantie du crédit, mais toute garantie du crédit n'est pas une sûreté. Cette importante assertion nous permet d'aborder la réflexion sur le droit de rétention. L'un des

¹⁰⁴⁴ SOUPGUI (E.), La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA, Op cit., n°9.

¹⁰⁴⁵ Cass. com. 16 juin 2015, n°13-27.592 F-D, RTD Com. 2015 p.745, Obs. A. MARTIN-SERF, Op cit.

¹⁰⁴⁶ RTD Civ. 1997 p. 707, Obs. P. CROCQ, Op cit ; D. 1998 p.102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit.

membres de la commission de réforme de ce droit, dirigée par le professeur GRIMALDI affirme ceci : « les auteurs du texte n'ont pas eu pour ambition de trancher des débats académiques. Ils ont seulement voulu accorder les textes et la réalité, en consacrant par une disposition légale un droit de portée générale et dont nul ne peut contester l'importance pratique¹⁰⁴⁷ ». Ce témoignage illustre les difficultés relatives à ce mécanisme. Et, il est souvent mieux, pour le législateur, de se mettre hors des débats doctrinaux et de tenir compte uniquement de l'utilité de la chose pour légiférer. C'est ce qui explique, en partie, la consécration d'un tel droit comme sûreté. Sinon, le droit de rétention n'est réellement pas une sûreté. La preuve, il reste lié à l'idée de détention, en l'absence de laquelle, le rétenteur perd sa qualité de titulaire de sûreté, conformément au droit réformé. Et d'ailleurs, la technique de constitution d'une sûreté, en l'occurrence, l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir accessoire à son droit de créance¹⁰⁴⁸, diffère de celle du droit de rétention, exception faite de celle du titulaire de sûreté réelle opposable avec dépossession.

La jurisprudence accorde un traitement privilégié au créancier lorsqu'il est en détention réelle du bien. Elle affirme : « si le droit de rétention n'est pas un privilège, il en a les effets en ce qu'il est opposable à la procédure collective et confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose jusqu'à complet paiement de sa créance ou d'être payé sur son prix en cas de vente par le liquidateur »¹⁰⁴⁹. Dans un autre arrêt¹⁰⁵⁰, elle précise que : « le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance déclarée » de même, il ne peut se voir imposer une substitution judiciaire de garantie¹⁰⁵¹. L'analyse contraire de ces décisions laisserait le créancier, impayé lorsqu'il se dessaisit et de surcroît volontairement.

Le dessaisissement s'analyse comme étant la perte de la garantie. Cette situation est compréhensible, puisque la particularité du droit de rétention fait qu'en l'absence de détention réelle, il est biaisé d'en parler. Mais, ceci n'enlève rien à la valeur de la politique législative de

¹⁰⁴⁷ RTD Civ. 2006 p.584, Obs. T. REVET, Op cit.

¹⁰⁴⁸ Rép. Civ. Dalloz, v. Sûreté par D. LEGEAIS, Op cit., n°13 ; Rép civ. Dalloz, v. Rétention par G. PIETTE, Op cit., n°45.

¹⁰⁴⁹ Cass. com. 21 mars 2006, n°04-19794, JCP 2006. I. 195, Obs. Ph. DELEBECQUE, in BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M. -N.), Droit des sûretés, Op cit., n°722.

¹⁰⁵⁰ Com. 20 mai 1997, D. 1998, p.102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit ; Cass. com. 25 nov. 1997, D. 1998 p. 232, Obs. J. FRANCOIS ; D. 1999, p. 192, Obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁰⁵¹ D. 2000, p.361, Obs. A LIENARD, Op cit.

conférer un droit de rétention fictif au titulaire de sûretés réelles classiques sans dépossession. Néanmoins, l'objectif de protection des entreprises viables en droit des procédures collectives met en mal l'efficacité du droit de rétention fictif lors de la procédure de sauvegarde et de redressement. Cet état de fait est contraire à l'objectif même de la sûreté qui est d'assurer le paiement du créancier, peu importe le statut du débiteur.

Le rétenteur ne peut obtenir paiement que lorsqu'il exerce une force de nuisance, une pression, en dehors de laquelle, sa sûreté devient médiocre ou disparaît. Ainsi, il va subir le sort du créancier chirographaire.

2- Le statut de chirographaire

Pourquoi, le créancier d'une somme d'argent, non immédiatement exigible, veut-il une sûreté pour asseoir sa confiance ? Pour le savoir, observons le statut du chirographaire dont le droit s'exerce sur l'ensemble des biens qui compose le patrimoine de son débiteur. Une personne cupide pourrait tout de suite déduire au bénéfice du chirographaire, une garantie solide. Mais, illusoire est celle-ci, car être débiteur n'est pas synonyme d'incapacité. Et, entre la naissance de la dette et son exigibilité, le patrimoine-débiteur peut subir des modifications. Le créancier étant confronté au principe « qui doit à terme, ne doit rien », il serait obligé d'attendre l'échéance pour agir. En somme, le statut de chirographaire n'est pas enviable. Il est toujours nécessaire pour le créancier de faire recours à une prérogative supplémentaire, notamment, une sûreté pour se prémunir de l'insolvabilité du débiteur.

En l'absence de cette garantie, le bénéficiaire de la créance se contente des avoirs qui figurent dans le patrimoine du débiteur. Tel est le sort réservé au rétenteur démuné de sûreté. La perte du statut privilégié le réduit au rang de celui qui pêche dans un fleuve sans eau, puisque, « *des entreprises en difficulté, on en trouve un peu partout en Afrique ; des entreprises en difficulté qui se redressent, on en cherche* »¹⁰⁵². Or, sans un redressement, le chirographaire n'a pas à espérer sur un paiement, malgré que les biens du débiteur soient le gage commun de ses créanciers, et que le prix s'en distribue entre eux par contribution. Il demeure soumis aux causes légitimes de préférence¹⁰⁵³, en l'occurrence les sûretés. Cette question n'a pas fait l'objet d'une réglementation spécifique par le législateur. Cependant, elle peut être déduite de l'absence de droit de suite qui est corollaire, en cas de dessaisissement volontaire, de la perte de sûreté. Cette

¹⁰⁵² SAWADOGO (F. M.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avril 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd., Op cit., p. 1127.

¹⁰⁵³ V. art 2285 du Code civil français (ancien art 2093).

perte de garantie contre le tiers s'effectue, en premier, à l'égard du débiteur. Ce qui fait qu'en présence d'une procédure collective, il doit forcément déclarer sa créance. La déclaration de créance concerne toutes sortes de créances indifféremment de leur nature contractuelle, délictuelle ou légale à l'exception de celles des salariés et des obligataires. Mais, on pourrait s'interroger sur l'opportunité d'une telle déclaration et de sa qualité de créancier envers le tiers, parce que, non seulement son dessaisissement s'analyse comme un renoncement à la sûreté mais aussi, il n'aura pas de droit contre le tiers acquéreur du bien. Sauf à faire recours à la technique de la subrogation qui reste aussi un attribut du droit réel. Même là, il ne pourrait pas se prévaloir de cette prérogative, parce qu'en la matière, sa situation s'apparente à celle du rétenteur qui décide d'être actif, en se dessaisissant de son bien. Son droit ne se transportera pas sur le prix du bien. La subrogation réelle ne produira pas son effet à son bénéfice¹⁰⁵⁴. La raison est simple, la subrogation ne se justifie que : si l'état ou la nature périssable du bien justifie la vente ou si les frais occasionnés par sa garde sont hors de proportion avec sa valeur¹⁰⁵⁵. Cette consécration législative découle d'une pratique judiciaire¹⁰⁵⁶ qui participe amplement à la sécurisation des droits du créancier-rétenteur.

En pratique, le statut de chirographaire du créancier rétenteur a été admis par les juges du fond lors de la production de sa créance. Dans l'espèce, le pourvoi avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que : « la décision d'admission était critiquable, non seulement en ce qu'elle ne portait pas sur la totalité de la créance, mais en ce qu'elle avait qualifié celle-ci de chirographaire quand, titulaire d'un droit de rétention du fait de sa qualité de dépositaire, elle n'entrait pas en concours avec les autres créanciers ». Malheureusement, son pourvoi a été rejeté¹⁰⁵⁷. Ainsi, la chambre commerciale, dans cet arrêt, venait de confirmer l'efficacité du droit de rétention. Elle s'inscrit dans une dynamique développée par la même chambre, dix-huit (18) ans auparavant¹⁰⁵⁸. Elle rappelle que le droit de rétention n'est pas une sûreté dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance. Donc, peu importe que sa créance soit admise à titre chirographaire, son droit de rétenteur demeure opposable à la procédure. Ainsi, naquit au bénéfice du rétenteur, la faculté de ne déclarer la créance qu'à titre chirographaire¹⁰⁵⁹. Mais, cette situation n'est pas à confondre avec celle d'un dessaisissement

¹⁰⁵⁴ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Défrenois, Op cit. , n°445.

¹⁰⁵⁵ V. art 70 al. 2 de l'AUSR.

¹⁰⁵⁶ MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Ibid.

¹⁰⁵⁷ RTD Com. 2015, p.745, Obs. A. MARTIN-SERF, Op cit.

¹⁰⁵⁸ Cass. com. 20 mai 1997, n°95-11.915, Arrêt Guérin c/ SA Carrosserie Lahitte, Op cit. A ne pas confondre avec Cass. com. 20 mai 1997, aff. SA Crédit Lyonnais et autres c/ Krebs et autres. Néanmoins, tous ces arrêts renforcent l'efficacité du droit de rétention.

¹⁰⁵⁹ CADOU (E.), Justice privée et procédures collectives, Op cit., n°17.

volontaire qui fait perdre totalement la prérogative de détention et, par ricochet, celle du droit de rétention. De ce fait sa créance serait admise comme chirographaire sans une autre opportunité en sa faveur.

En outre, les restrictions imposées au créancier rétenteur ne sont pas uniquement que l'absence des droits d'un titulaire de droit réel, elles s'étendent aussi, aux actions.

Section II : Le refus au rétenteur les actions d'un titulaire de droit réel

Le titulaire d'une créance, à l'échéance, a le droit d'agir contre le débiteur afin d'obtenir paiement. Cependant, certaines actions sont réservées au titulaire de droit réel qui, en sa qualité de créancier garanti peut, face à un débiteur *in bonis* ou en difficulté, demander l'attribution ou la vente du bien grevé selon la procédure. La particularité du droit des procédures collectives fait, qu'il impose des restrictions aux droits des créanciers. Partant, les actions entreprises par les créanciers contre leur débiteur sont en principe suspendues ou interrompues temporairement. Néanmoins, tel n'est pas le cas du rétenteur qui, contrairement aux autres créanciers titulaires de sûretés réelles, se voit priver du droit d'agir, c'est-à-dire de demander l'attribution (Para I) ou la vente (Para II) du bien grevé aux fins de paiement.

Paragraphe I : L'interdiction de la demande d'attribution du bien

L'attribution du bien permet au créancier muni de sûreté réelle classique de mettre en œuvre son droit exclusif, autrement dit de se mettre hors du concours. Mais, à la différence des autres droits exclusifs émanant de certaines catégories de garanties telles que, le droit de rétention et la propriété garantie qui sont acquis dès la constitution de la sûreté, celui de l'attribution se situe au niveau de la réalisation de la garantie. Le rétenteur quant à lui et conformément aux droits rénovés, n'a pas la possibilité de demander cette attribution, qu'elle soit judiciaire (A) ou conventionnelle (B).

A- L'interdiction de l'attribution judiciaire du bien

La faculté de demander au juge l'attribution du bien résulte de la volonté du créancier d'échapper au concours des créanciers privilégiés qui lui sont préférables dans la procédure collective. Elle bénéficie aux créanciers munis de sûretés réelles traditionnelles. Sous l'empire de l'ancien AUS, le rétenteur, en cas de non-paiement, pouvait se faire attribuer la propriété du bien retenu, conformément aux dispositions de l'art 43 de l'AUS. Cet avantage est refusé au

rétenant et cela, par le biais de la réforme. Il est donc, nécessaire de se pencher sur ce refus avant de s'aventurer sur son opportunité.

1- Le refus de l'attribution judiciaire

L'attribution en justice du bien, comme rappelé, est un droit pour tous bénéficiaires d'une sûreté spécifique. C'est pourquoi, le législateur initial du droit des sûretés ne s'était pas du tout trompé en dotant le créancier rétenant d'une telle possibilité. Et d'ailleurs, la pratique était favorable à son application même si, des conditions étaient posées au préalable, telles que : n'avoir reçu ni paiement, ni sûreté de substitution, d'une part, et avoir signifié au débiteur ou au propriétaire son intention de réaliser le bien dans l'expiration d'un délai de huit (08) jours à compter de la réception de la signification¹⁰⁶⁰. Et il n'était pas question d'agir sans que la rétention ne soit fondée. Pour ce faire, certaines conditions étaient relatives à la créance, d'autres, au bien retenu. Ces conditions demeurent toujours.

La créance du rétenant devrait réunir trois critères : à savoir, être certaine¹⁰⁶¹, liquide¹⁰⁶² et exigible¹⁰⁶³. Elle est certaine lorsqu'elle n'est pas sujette à contestation. Le caractère liquide signifie qu'elle doit être déterminée dans sa quantité. Et, elle est exigible lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'un délai. Néanmoins, cela ne suffit pas, le créancier doit aussi exiger le paiement, car dit-on : « la dette est quérable et non portable ». Dans le cadre de la procédure collective, ces conditions ne sont pas de rigueur. Et, peu importe que la créance soit contestée ou non, elle doit forcément être produite à la procédure. Il en est de même pour l'exigibilité. Toutefois, le caractère accessoire de la sûreté recommande que le créancier puisse se prévaloir d'un titre de créance.

Relativement au bien retenu, la détention doit être légitime, c'est-à-dire que le bien soit remis par celui à qui le droit de rétention est opposé, peu importe qu'il soit propriétaire ou non. Il s'y ajoute le lien de connexité¹⁰⁶⁴ entre la détention du bien et la créance, sans oublier l'absence de saisie antérieurement à la rétention.

¹⁰⁶⁰ C.A Abidjan, 4^{ème} chambre civile et commerciale, arrêt n°971 du 18 nov. 2005, Ohada.com/ Ohadata J-09-362.

¹⁰⁶¹ Pour la certitude de la créance, v. CCJA, arrêt n°007 du 24-04-2003, Ohada.com/ Ohadata J-03-193.

¹⁰⁶² Pour la liquidité de la créance, v. CCJA, arrêt n°21 du 17-06-2004 : SDV Côte d'Ivoire c/ Société RIAL TRADING.

¹⁰⁶³ Pour l'exigibilité de la créance, v. CCJA arrêt n°016, du 27 -06-2002, Aff. Société Maregel c/ Sérigne Moustapha MBACKE.

¹⁰⁶⁴ C.A Abidjan, arrêt n°321 du 07 -03-2000, Ohada.com/ Ohadata J-02-130.

Malgré la réunion de ces conditions, le droit réformé des sûretés et des procédures collectives n'entendent pas autoriser le rétenteur à demander au juge-commissaire que le bien retenu lui soit attribué à titre de paiement. Si bien qu'en cas de supériorité de la valeur du bien par rapport à celle de la créance, le créancier reste tenu de restituer la différence. La doctrine¹⁰⁶⁵ partage le refus d'accorder le bénéfice de l'attribution judiciaire du bien retenu. Elle se focalise sur l'analyse des nouvelles dispositions en droit des sûretés. Certes, ces règles ne font pas d'assimilation entre le droit de rétention et le gage auquel est reconnue cette faculté. Mais, l'attribution est un droit pour tous ceux qui exercent un pouvoir sur un bien qui leur est légitimement accordé, à titre de garantie, à l'exclusion de la propriété-garantie. Or, en la matière toutes les sûretés réelles classiques en bénéficient. D'ailleurs, ce mécanisme, dont on s'est longtemps demandé s'il constituait une sûreté réelle ou une simple garantie personnelle aboutit normalement, soit à l'exécution de son obligation par le débiteur gêné par la rétention, soit à l'attribution judiciaire du bien retenu au profit du rétenteur¹⁰⁶⁶. Nous pensons que, l'attribution judiciaire, étant un moyen d'exécution de droit commun au bénéfice du créancier, elle n'a plus besoin d'être prévue par les règles relatives au droit de rétention et cela, même par assimilation à d'autres sûretés, car le statut de créancier du rétenteur lui suffit pour faire recours librement à ces moyens d'exécution, sans restriction. Et en cas de reprise des poursuites individuelles, rien n'empêche le rétenteur d'ester, par un moyen de droit commun, en l'occurrence, l'attribution forcée. Il est vrai qu'en matière de procédure collective, l'attribution judiciaire est, mal vue, parce qu'elle entraîne l'inégalité de traitement entre les créanciers donc, contraire à l'un des objectifs phares de cette discipline, en l'occurrence, l'égalité des créanciers. Mais, cette égalité apparaît illusoire, faute d'harmonie des sources de naissance des créances contre le débiteur.

Reste à se pencher sur une réelle opportunité de cette attribution dans les procédures collectives, au regard de la particularité du droit de rétention et de son opposabilité à la procédure.

2- L'opportunité du refus de l'attribution judiciaire

Au regard de l'absence d'assimilation du droit de rétention à celui du gage, intervenue lors de la réforme du droit des sûretés en 2010, le créancier rétenteur se voit privé des prérogatives accordées au gagiste. Et, à notre connaissance, aucune disposition du droit rénové des procédures collectives n'admet cet avantage au bénéfice du gêneur. Pourtant, il est nécessaire de se poser la question de savoir si ce refus peut handicaper le rétenteur de recevoir paiement.

¹⁰⁶⁵ V. NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Revue de l'ERSUMA n°6, janv. 2016, p.445.

¹⁰⁶⁶ CADOU (E.), Justice privée et procédures collectives, RTD Com. 2000 p. 817, n°1.

Certes, la privation du rétenteur de ce mécanisme entraîne une diminution de ses droits. Mais, cela n'affecte pas réellement, la recherche de sa satisfaction.

En effet, *défini comme la facilité pour le créancier qui détient un objet appartenant à son débiteur d'en refuser, sous certaines conditions indépendamment de tout nantissement exprès, la restitution jusqu'à complet paiement de sa créance*¹⁰⁶⁷, le droit de rétention, à l'origine, apparaît sous le prisme du refus de restituer un bien. Donc, la force du rétenteur réside dans le pouvoir de refus comme celle du poisson dans l'eau. C'est ce qui découle de l'art 67 de l'AUS en ces termes : « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté... ». Dans cette disposition, le législateur fait allusion au terme retenir qui signifie également refuser de donner¹⁰⁶⁸. En somme, le créancier rétenteur doit user de son pouvoir de blocage, de nuisance afin d'obtenir satisfaction. Cela réduit une réelle nécessité d'action chez le créancier.

Sur la question de l'opportunité de l'attribution du bien, la doctrine conclut en faisant la revue des arts 67 à 70 de l'AUS relatifs au droit de rétention que, le créancier rétenteur qui n'a pas reçu le paiement de sa créance doit alors rester passif et n'a pas le droit de demander l'attribution du bien retenu¹⁰⁶⁹. Nous partageons cette position. Mais, qu'en est-il en droit de la faillite ?

Le droit rénové des procédures collectives, a mis l'accent sur le sauvetage des entreprises donc, qu'il s'agisse du règlement préventif ou du redressement judiciaire, aucune attribution judiciaire ne peut prospérer, car les poursuites sont interdites ou suspendues selon la procédure. Reste le cas de la liquidation des biens. Sur ce point, les dispositions relatives à la réalisation de l'actif mobilier sont silencieuses sur une telle possibilité. Les sûretés réelles visées sont entre autres, le gage, le nantissement et le droit de rétention conventionnelle. Le seul moyen autorisé pour ces créanciers est le retrait contre paiement. C'est en l'absence de celui-ci et trois mois après l'ouverture de la procédure de liquidation des biens et, conformément à l'art 149 al. 2 de l'AUPC, que le gagiste et le nanti peuvent user de leur pouvoir de poursuite individuelle, en faisant recours aux voies d'exécution. Explicitement, nous constatons que le rétenteur n'est pas indiqué pour agir. Ce qui fait que nous pouvons déduire l'exclusion du droit de rétenteur autonome du droit de poursuite individuelle.

¹⁰⁶⁷ CADOU (E.), Justice privée et procédures collectives, Op cit., n°7.

¹⁰⁶⁸ Le Grand Robert de la langue française, v. Retenir.

¹⁰⁶⁹ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Op cit., p.446.

En droit français, et sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, la jurisprudence¹⁰⁷⁰ affirme que « le superprivilège des salaires ne peut faire obstacle à l'attribution judiciaire du gage du créancier nanti, même non assorti d'un droit de rétention ». Cet arrêt, nous rassure qu'en matière mobilière, le créancier nanti ou gagiste peut obtenir l'attribution judiciaire du bien et enfin primer les créanciers privilégiés¹⁰⁷¹. Et, le créancier peut même commettre une faute en s'abstenant de demander l'attribution judiciaire du gage, lorsqu'elle profite à la caution¹⁰⁷². Mais, une fois que le droit de rétention n'est plus assimilable au gage, la Cour de cassation rappelle que le créancier est titulaire du droit de retenir et non pas de procéder à l'attribuer du bien¹⁰⁷³. Heureusement que l'hypothèse contraire est développée après. Et d'ailleurs, il peut formuler cette demande alors même qu'il n'a pas encore été admis à la procédure. En revanche, il doit restituer le bien ou sa valeur si sa créance fait l'objet de rejet¹⁰⁷⁴. Mais, récemment, la Cour de cassation française a refusé cette prérogative au profit du créancier hypothécaire¹⁰⁷⁵. Cette dernière décision montre à quel point les Hauts magistrats répugnent à ce sujet, puisque cette technique assimilée à la dation en paiement¹⁰⁷⁶ place le créancier muni de sûreté réelle classique dans une situation d'exclusivité. Le rétenteur autonome étant déjà dans cette position par la gêne qu'il cause au débiteur, il est donc paru inutile d'en ajouter. C'est pourquoi, nous retenons l'hypothèse selon laquelle l'attribution judiciaire n'est pas aussi importante pour le gêneur.

Outre le refus de l'attribution judiciaire, s'ajoute celui conventionnel.

B- L'interdiction de l'attribution conventionnelle du bien au rétenteur

L'attribution conventionnelle encore appelée : pacte comissoire est restée longtemps prohibée en droit des sûretés de l'OHADA¹⁰⁷⁷. Ce mécanisme de justice privée, à l'image de la compensation, de l'exception d'inexécution et même du droit de rétention est porteur de droit exclusif. Il permet au créancier de devenir automatiquement propriétaire du bien grevé, du seul fait de la défaillance du débiteur¹⁰⁷⁸. C'est une technique très efficace, lorsque le débiteur est in

¹⁰⁷⁰ Cass. com. du 06 janv. 1998, n° 95-17.399 D. 1998 p. 375, Obs. S. PIEDELIEVRE.

¹⁰⁷¹ Cette attribution judiciaire du bien au gagiste est prévue par l'art 104 al. 2 de l'AUS.

¹⁰⁷² Cass. com. 13 mai 2003, n°00-15.404 (n°798 FS-P), D. 2003 p.1629, Obs. V. AVENA-ROBARDET.

¹⁰⁷³ Cass. com. du 09-06-1998 : RJDA 10/98 n°1141.

¹⁰⁷⁴ CADOU (E.), Justice privée et procédures collectives, Op cit., n°16.

¹⁰⁷⁵ BOUSTANI (D.), L'attribution judiciaire d'un bien en liquidation judiciaire refusé, D. 2016, p. 1185.

¹⁰⁷⁶ BOUSTANI (D.), Ibid., n°3.

¹⁰⁷⁷ V. KALIEU ELONGO (Y.), Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, P.U.A, 2010, p.97.

¹⁰⁷⁸ MALAURIE (P.), AYNES (L.), CROCQ (P.), Droit des sûretés, Coll., Op cit., n°515.

bonis. Mais son efficacité est partiellement limitée¹⁰⁷⁹ en droit des entreprises en difficulté. A la différence de l'attribution judiciaire, celle conventionnelle doit être convenue entre les parties. L'utilisation de cette pratique permet de mettre le bénéficiaire à l'abri du concours des créanciers privilégiés. Malheureusement, le créancier rétenteur est dénué de cette prérogative. Pourtant, l'absence de texte permettant au rétenteur de s'attribuer le bien retenu semble être cohérente (1). Néanmoins, elle est discriminatoire à l'égard du rétenteur (2).

1- La cohérence du refus de l'attribution conventionnelle du bien au rétenteur

Le législateur du droit des sûretés n'a prévu aucune disposition permettant au titulaire d'un droit de rétention autonome de procéder à l'attribution du bien retenu. Il en est de même pour celui des procédures collectives, en tout cas, à notre connaissance. Et l'absence d'assimilation de ce droit à celui du gage fait que le rétenteur n'est plus alloti des avantages du gagiste. Donc, le droit de rétention est devenu une sûreté réelle autonome dont la réalisation ne fait plus recours au régime du gage. Cependant, force est de constater que le rétenteur a moins besoin d'agir afin d'obtenir satisfaction. Il doit tout simplement s'abstenir et attendre son paiement, car la nuisance qu'il fait subir au débiteur et à la procédure exhorte le syndic dans la liquidation des biens au retrait contre paiement. Et lorsqu'il s'agit du redressement de l'entreprise, l'utilité du bien amène le débiteur, assisté du syndic, au retrait du bien, même si aucune disposition ne le prévoit. On voit bien que les prérogatives octroyées au rétenteur justifient l'inutilité d'une attribution, fut-elle conventionnelle.

Pour le rétenteur, la demande d'attribution du bien est une perte de temps, parce qu'en tant que détenteur légitime, agir en paiement est bon mais ne pas agir est encore mieux. D'ailleurs, de par sa définition, le droit de rétention retrouve son effet et sa force. Conformément au droit rénové des sûretés, « *le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû* ». Et le législateur d'ajouter : « *indépendamment de toute sûreté* » la seule exception étant le droit du gagiste visé par l'art 107 al. 2 de l'AUS. Or, dans le cadre des procédures collectives, le créancier rétenteur, en conformité avec l'art 167 de l'AUPCR, ne bénéficie pas de préférence dans la distribution des deniers provenant de la réalisation de l'actif débiteur. Son seul droit reste celui du retrait contre paiement¹⁰⁸⁰ et non l'attribution du bien. Donc, le rétenteur a intérêt à attendre ce retrait contre remboursement de sa dette. Sur ce point, l'efficacité du droit de rétention n'est plus à démontrer.

¹⁰⁷⁹ CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p. 62.

¹⁰⁸⁰ Art 149 al. 1 de l'AUPCR.

La jurisprudence¹⁰⁸¹ et la doctrine ont été majoritairement favorables au paiement du créancier rétenteur jusqu' à ce qu'une partie de la doctrine ait parlé de l'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives¹⁰⁸². Le rétenteur devient de ce fait, un prince qui n'a pas à fournir d'effort afin d'obtenir satisfaction. Son inertie, sa passivité, son silence vaut pression de nature à guider les organes de la procédure vers son désintéressement. La question se pose, dès lors, de savoir l'étendue des prérogatives du rétenteur. Est-il possible pour lui de retenir le bien, même s'il est indispensable au redressement de l'entreprise ?

La réponse à cette question nécessite, une comparaison. La jurisprudence française admet l'opposabilité de ce droit *erga omnes*, c'est-à-dire opposable à l'égard de tous, y compris le tiers propriétaire non tenu à la dette¹⁰⁸³. Ce qui conclut à une position irréductible en faveur du rétenteur. Et quelle que soit l'étape de la procédure collective, le créancier rétenteur peut faire valoir sa prérogative de refus de restituer le bien. Néanmoins, nous regrettons, une position de la cour d'appel d'Abidjan qui a méconnu le droit du rétenteur face à un débiteur en règlement préventif. Cette décision ne saurait entamée la valeur de la pratique africaine. Et d'ailleurs, elle a fait l'objet de vives critiques, parce que la doctrine, majoritairement, est favorable à l'efficacité du droit de rétention dans les procédures collectives¹⁰⁸⁴. C'est d'ailleurs, l'utilité du bien, et de surcroît s'il est nécessaire à la poursuite de l'activité du débiteur, qui favorise son retrait contre remboursement. Mais le créancier rétenteur, après avoir produit sa créance et sa sûreté, doit attendre la réaction du débiteur ou du syndic selon la procédure. Agir en paiement ne l'arrange pas, puisqu'il ne bénéficie pas de préférence lors de la distribution du prix de l'actif réalisé¹⁰⁸⁵, faute d'avoir justifié la nature périssable ou disproportionnelle de la valeur du bien et les frais de sa conservation.

Mieux, la cohérence du refus s'explique aussi par les objectifs de sauvetage du débiteur et du respect de l'ordre établi entre les créanciers. Cependant, il est discriminatoire, car le rétenteur est le seul visé.

¹⁰⁸¹ V. Cass. com. 20 mai 1997, n°95-11.915, Arrêt Guérin c/ SA Carrosserie Lahitte, Op cit ; Cass. com. 20 mai 1997, aff. SA Crédit Lyonnais et autres c/ Krebs et autres ; Cass. com. 16 juin 2015, n°13-27.736, arrêt n°592 F-D, RTD Com. 2015 p.745, Op cit.

¹⁰⁸² LE CORRE (P. -M), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

¹⁰⁸³ V. RTD Civ. 2006 p.584, Obs. T. REVET, Op cit.

¹⁰⁸⁴ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel 'Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Op cit., p.437-438.

¹⁰⁸⁵ V. art 167 de l'AUPCR.

2- L'aspect discriminatoire du refus de l'attribution conventionnelle du bien

Tous les titulaires de sûretés réelles doivent bénéficier le même traitement. Tel est le but d'une procédure collective, aux exigences de laquelle ils sont tous soumis. Qu'il s'agisse du redressement judiciaire ou de la liquidation des biens, la production de créance concerne tous les créanciers y compris les titulaires de sûreté. Bien que le rétenteur ne soit plus assimilé au gagiste, sa qualité de titulaire de sûreté doit lui permettre de bénéficier de cette attribution au même titre que les autres garanties réelles traditionnelles, car parmi les sûretés réelles, certaines n'ont pas besoin de l'attribution en propriété, notamment les sûretés-propriétés. Celles-ci sont déjà propriétaires. Par contre, le gagiste, le nanti, le créancier hypothécaire et le rétenteur en ont besoin. Le problème ne se pose pas avec les trois premiers, déjà munis d'une telle prérogative.

Le législateur de la réforme a renforcé la sécurité de ces créanciers, victimes de la primauté des créanciers privilégiés. Donc, c'est une façon de les mettre à l'abri du concours, parce que dit-on « c'est n'est pas au moment où le peuple est à sang et à feu que le soldat doit prendre ses sandales ». De même, c'est n'est pas au moment où la sûreté doit remplir la mission de sa raison d'être, notamment, son efficacité, que celle-ci soit plus ou moins mise en mal par l'ouverture d'une procédure collective. Quid du rétenteur ?

Au regard des droits réformés¹⁰⁸⁶, aucun texte n'autorise celui-ci à s'attribuer un bien fut-il conventionnel. Le caractère précaire du droit de rétention venait ainsi d'être consacré. Et une partie de la doctrine aborde dans le même sens¹⁰⁸⁷, car le rétenteur est privé de toute action en justice. Malheureusement, son droit sera médiocre, lorsque la valeur du bien retenu est inférieure à sa créance. Mais, ce qui paraît incongru, demeure l'absence du pacte comissoire à son bénéfice, puisque ce moyen de réalisation de la sûreté n'est pas judiciaire. Et sa mise en œuvre s'accommode bien avec le droit de rétention dont l'exercice aussi diffère d'une poursuite judiciaire. Raison pour laquelle, le législateur, explicitement, ne mentionne pas ce droit dans les dispositions de l'art 9 du nouvel AUPC relatif à la suspension ou l'interdiction des poursuites individuelles, lors du règlement préventif. Par rapport au redressement judiciaire, même si le texte d'interdiction ou d'interruption de poursuite vise tous les créanciers composant la masse et que le rétenteur en fasse partie, il est clair que l'exercice de ce droit se distingue

¹⁰⁸⁶ Il s'agit du droit des sûretés et celui des procédures collectives qui ont été réformés respectivement en 2010 et 2015.

¹⁰⁸⁷ NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel 'Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ?, Op cit., p.437.

d'une action en justice. Ce qui suppose qu'il n'est pas concerné par une restriction à l'ouverture, sauf s'il décide d'agir.

Le droit de rétention, par définition, est inertie et c'est dans celle-ci d'ailleurs, qu'il puise sa force, son pouvoir et sa satisfaction. Donc, *in fine*, l'attribution conventionnelle dont la réalisation est automatique, dès la défaillance du débiteur, s'accommode bien avec le droit de rétention. Et le fait qu'il soit le seul concerné par le refus de la réalisation conventionnelle qui peut même intervenir postérieurement à la naissance de la créance, semble discriminatoire. Nous pensons que l'attitude du législateur participe à la diminution de la liberté contractuelle.

Pire, le droit de rétention est mentionné seulement dans deux articles de l'AUPC révisé. Le premier, renvoie au droit de rétention du vendeur relatif aux marchandises non expédiées¹⁰⁸⁸. Et le second consacre le droit au retrait contre règlement lors de la liquidation des biens¹⁰⁸⁹. Toutes ces dispositions privent le rétenteur d'action. Ainsi, Il est normal de lui permettre de pouvoir convenir avec son débiteur d'un mode d'exécution extrajudiciaire aux fins de paiement. Outre, ce refus d'attribution du bien en pleine propriété au rétenteur, les restrictions s'étendent à la demande de vente du bien.

Paragraphe II : L'interdiction de la demande de vente du bien

Tout créancier impayé à l'échéance est titulaire d'une action contre son débiteur. Ceci relève d'un principe général selon lequel, nul ne doit s'enrichir au détriment de l'autre. Conformément aux dispositions de l'art 149, si dans le délai de trois mois suivant la décision prononçant la liquidation des biens, le syndic n'a pas retiré le gage, ou le nantissement ou entrepris la procédure de réalisation du gage ou du nantissement, le créancier gagiste ou nanti peut exercer ou reprendre son droit de poursuite individuelle à charge d'en rendre compte au syndic. Le trésor public, l'administration des douanes et les organismes de sécurité et de prévoyance sociale disposent du même droit pour le recouvrement de leurs créances privilégiées. Nous voyons bien que le rétenteur est exclu du domaine d'application de cet article. Il s'ensuit que le droit de rétention n'est assimilable, ni à une action en justice (A), ni à une procédure ou une voie d'exécution (B).

¹⁰⁸⁸ Art 104 de l'AUPCR.

¹⁰⁸⁹ Art 149 de l'AUPCR.

A- L'absence d'assimilation du droit de rétention à une action en justice

De prime abord, le droit de rétention, à travers sa définition est limité aux biens mobiliers. C'est pourquoi, en droit communautaire africain, il est une sûreté mobilière, par opposition au droit français qui l'étend aux biens immobiliers.

En effet, aucun texte spécifique n'interdit au rétenteur de demander la vente du bien retenu. Mais compte tenu de l'absence d'assimilation du droit de rétention au gage, nous pouvons affirmer que les droits du rétenteur sont devenus autonomes. Conformément au droit renoué des sûretés, le droit de rétention est la faculté qui permet à un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance ou de ce qui lui est dû¹⁰⁹⁰. On voit bien que l'exercice du droit de rétention n'est pas assimilable à une action en justice (1). Et d'ailleurs, c'est ce qui fait qu'il n'est pas soumis aux restrictions relatives aux actions ou poursuites (2).

1- Retenir et poursuivre ne vaut

Le créancier qui détient légitimement un bien peut le retenir jusqu'à sa satisfaction. Tel est la prérogative reconnue au rétenteur. Donc, il ne suffit pas de retenir, il faut que la détention soit légitime¹⁰⁹¹. Et qu'il y ait un lien de connexité entre la créance et la détention. La réunion de ces conditions, permet au rétenteur d'exercer pleinement son pouvoir sur le bien. Néanmoins, il doit le faire avant toute saisie. C'est la nature même de ce droit qui ne permet pas à son bénéficiaire d'être actif. Le seul fait de retenir le bien et de s'opposer à son retrait jusqu'à satisfaction l'exempt d'agir pour obtenir paiement de sa créance. Ainsi, l'autonomie du droit de rétention lui confère le statut de marabout qui gagne sa vie sans se mouvoir. La force du droit de rétention a été rappelée par la jurisprudence qui affirme à cet effet : *le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession*¹⁰⁹². De cette décision, nous pouvons déduire un principe, celui de : retenir et poursuivre ne vaut, car le désintéressement auquel font allusion les Hauts magistrats se fait à la suite d'une réalisation du bien grevé. Or, celle-ci intervient, en principe, postérieurement à l'introduction d'une action ou sommation. C'est ce qui aboutit à la voie d'exécution, notamment la vente forcée. La Cour de cassation précise ainsi que le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est

¹⁰⁹⁰ OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Th., Montpellier, Consulté le 24 août 2018 sur www.archives-ouvertes.fr, p. 111, n°257.

¹⁰⁹¹ CCJA, arrêt n°030, 04-11-2004 : aff. Société GITMA c/ Société SAMEX, consulté sur www.institut-idef.org, le 02-02-2016.

¹⁰⁹² D. 1998, p.102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit.

pas assimilable au gage. Cette position française est applicable en droit des sûretés de l'OHADA après la réforme. Seulement, la question relative à sa nature est tranchée par le législateur communautaire africain depuis l'avènement de ce droit¹⁰⁹³. Hormis cela, le droit rénové des garanties, a établi une jonction entre les droits français et OHADA relativement aux sûretés de façon générale et, en particulier, au droit de rétention.

La doctrine africaine partage largement cet état de fait, puisque, parmi toutes les prérogatives évoquées, ne figure pas le droit de poursuite¹⁰⁹⁴ et résume le caractère actif de ce droit, à travers le refus de restitution¹⁰⁹⁵. Or, il s'agit de la seule prérogative¹⁰⁹⁶ qui découle du droit de rétention autonome. D'ailleurs, c'est sous cet angle qu'on le qualifie de droit passif, comparativement aux avantages reconnus au gagiste rétenteur, en l'occurrence, le droit de poursuite, d'entamer une procédure d'exécution permettant d'être payé par préférence. En somme, l'inertie du créancier rétenteur lui vaut la qualité irréductible. Et partant, son droit devient invincible¹⁰⁹⁷. Peu importe qu'il soit mentionné dans la déclaration de créance, le rétenteur peut opposer son droit à la procédure de son débiteur ou celle d'un tiers. Il n'a pas besoin d'action ou de poursuite afin de s'imposer au débiteur et à la procédure. Et, pour ce faire, le législateur du droit rénové des procédures collectives l'a soustrait de toutes les restrictions tenant aux actions en justice.

2- L'absence de soumission du rétenteur aux restrictions relatives aux actions en justice

En effet, l'ouverture d'une procédure collective conduit à l'application des règles de portée générale. Certaines d'entre elles tendent à restreindre les droits des créanciers. Il s'agit, d'une part, de l'arrêt des poursuites individuelles qui neutralise le droit de poursuite des créanciers, et, d'autre part, de l'interdiction des paiements des créanciers qui limite leur droit au paiement. Ces mesures traditionnelles de la discipline collective sont des piliers fondamentaux de la matière. Elles s'appliquent aux créanciers, indifféremment de leur statut chirographaire ou titulaire de sûretés¹⁰⁹⁸. Cependant, conformément au droit réformé des procédures collectives,

¹⁰⁹³ ISSA-SAYEGH (J.), Le droit de rétention en droit sénégalais, Pénant n°810, Octobre-décembre 1992, p. 262.

¹⁰⁹⁴ V. NJUTAPVOUI (Z.), Le droit de rétention dans le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés : sûreté active ou passive ? Op cit.

¹⁰⁹⁵ NJUTAPVOUI (Z.), Ibid.

¹⁰⁹⁶ Rép. Civ. Dalloz, v. Rétention, par G. PIETTE, 2013, n°65.

¹⁰⁹⁷ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

¹⁰⁹⁸ OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Th., Montpellier, Consulté le 24 août 2018 sur www.archives-ouvertes.fr, n°231.

ces règles restrictives sont limitées à l'égard de certains créanciers. Il s'agit des bénéficiaires de sûretés réelles exclusives, parmi lesquels figure le rétenteur.

Le législateur communautaire, en fonction de la diversité des procédures, a imposé aux créanciers des sacrifices en vue d'atteindre les objectifs fixés par cette discipline. D'une part, lorsque l'entreprise commence à sentir des difficultés, elle peut solliciter la protection du tribunal compétent afin de diagnostiquer le mal et lui proposer des médicaments ou des moyens lui permettant de se remonter. L'une de ces propositions est le traitement préventif, notamment, le règlement préventif, lorsque la maladie n'a pas sérieusement atteint le malade. Pour ce faire l'art 9 de l'AUPCR qui réglemente cette étape suspend ou interdit toutes les demandes tendant à obtenir le paiement des créances antérieures à la décision d'ouverture du règlement préventif. Cette mesure concerne, tous les créanciers chirographaires et ceux garantis par un privilège général, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque, à l'exception des créances de salaires et d'aliments. Au regard de cette disposition, nous constatons que le rétenteur n'est pas cité et, par conséquent, ne fait pas partie des personnes soumises aux restrictions. Cependant, le créancier rétenteur n'est pas le seul exclu, sont également concernés, les créanciers titulaires de sûretés-propriétés qui, en plus du rétenteur, bénéficient d'une exclusivité leur permettant d'échapper aux règles de suspension et d'interdiction des poursuites individuelles.

Et, d'autre part, lorsque la maladie du débiteur est sérieuse, entraînant la cessation des paiements, s'ouvre une étape, celle du traitement curatif. Il regroupe : le redressement judiciaire et la liquidation des biens prévus à l'art 75 de l'AUPCR qui vise tous les créanciers composant la masse, relativement aux actions en justice tendant à la condamnation du débiteur, au paiement d'une somme d'argent, y compris celles relatives à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent. La question qui se pose est celle de savoir si le rétenteur est effectivement visé par cette mesure ? La réponse nous amène à nous interroger sur la composition de la masse, composée de toutes les créances nées antérieurement à la décision d'ouverture de la procédure. Ce qui conclut à une réponse positive, lorsque la créance du rétenteur est née antérieurement à la procédure. Mais, il est important de rappeler que ces règles visent surtout les poursuites ou les actions en justice. Ce qui en exclut le droit de rétention. Et d'ailleurs, l'exercice d'un droit de rétention n'est ni l'exercice d'un droit en justice, ni d'une procédure d'exécution, parce que c'est la possibilité qui permet à un créancier de retenir un bien de son débiteur jusqu'au complet paiement de sa créance.

B- L'absence d'assimilation du droit de rétention à une voie d'exécution

Chacun doit s'occuper de ses propres intérêts. Tel est le but recherché par les procédures civiles d'exécution¹⁰⁹⁹ et qui se traduit dans les procédures individuelles dont les voies d'exécution constituent le garant. En effet, *les voies d'exécution sont des procédures légales permettant à un créancier impayé soit de saisir les biens de son débiteur pour les vendre le cas échéant, et se faire payer, soit de procéder à une saisie de créance en vue de se la faire attribuer ; soit enfin, de se faire délivrer ou restituer un bien mobilier corporel*¹¹⁰⁰. On voit bien que la première opportunité offerte au créancier, en cas d'impayé, est la vente forcée des biens du débiteur. Le créancier rétenteur aussi évolue dans cette dynamique individualiste. Mais, le rétenteur, par opposition au bénéficiaire d'une poursuite individuelle, n'entame pas une exécution sur les biens du débiteur. Il exerce simplement son pouvoir de refus de restitution. La réforme du droit des sûretés est intervenue dans ce sens en distinguant les effets du gage de ceux du droit de rétention. Et donc, le rétenteur a le droit de retenir et non de procéder à la vente forcée du bien. Il dispose d'une prérogative passive et ne peut demander la réalisation du bien retenu¹¹⁰¹. Ainsi, il ne supporte pas les restrictions relatives aux voies ou procédures d'exécution imposées par les procédures collectives de paiement.

1- Le droit de rétention, un droit de retenir et non de procéder à la vente forcée

Conformément aux dispositions du droit rénové des garanties, le droit de rétention est la faculté accordée au créancier de retenir un bien jusqu'au complet paiement de sa créance, indifféremment de toute autre sûreté, et peu importe que le débiteur soit propriétaire ou non du bien retenu. Le législateur apporte une seule limite à son exercice, celle du gagiste dont le droit est acquis et publié antérieurement à celui du rétenteur¹¹⁰². Le législateur du droit des procédures collectives, précise que : « peuvent être retenus par le vendeur les marchandises et objets mobiliers qui ne sont pas délivrés ou expédiés au débiteur ou à un tiers agissant pour son compte. Cette exception est recevable, même si le prix est stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition¹¹⁰³ ». Ce texte prévoit le droit de rétention du vendeur des marchandises et témoigne l'opposabilité de ce droit au propriétaire. On voit que

¹⁰⁹⁹ THERY (P.), Procédures collectives et voies d'exécution, JCLVE, Fasc : 475, 29 juil. 2004, p.02, n°01.

¹¹⁰⁰ DIOUF (N.), Commentaire de l'Acte uniforme du 10 avr. 1998 portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, p.1001.

¹¹⁰¹ SAMB (M.), Droit de rétention, in P. G. POUGOUE (Ss dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Op cit., p. 723.

¹¹⁰² V. art 107 al. 2 de l'AUS.

¹¹⁰³ Art 104 de l'AUPCR.

le vendeur-rétenteur n'exerce aucune procédure d'exécution. En plus, l'article 149 al. 1^{er} de l'AUPCR parle du droit de rétention conventionnelle et fait allusion au droit de rétention du gage avec dépossession et non du gage autonome proprement dit. C'est pourquoi, la doctrine s'interroge sur l'attitude du législateur communautaire des procédures collectives relativement au droit de rétention. Elle affirme que l'AUPC rénové dans son intégralité ne fait aucune référence à ce droit¹¹⁰⁴. Nous pensons que cela relève de la prise en compte des innovations introduites par le droit réformé des sûretés en ce qui concerne l'absence d'assimilation des effets du gage et celui du droit de rétention, puisqu'étant une sûreté dont la force réside dans l'inertie, le refus de faire. Il était incongru pour législateur de viser un tel droit dans une discipline de saisie collective.

D'ailleurs, la jurisprudence française a rappelé dans un arrêt du 20 mai 1997 que le droit de rétention permet au créancier qui détient un bien que lui a remis son débiteur de le retenir jusqu'à complet paiement de sa créance. Mais il ne lui permet pas, n'étant pas une sûreté assimilable au gage, de se faire payer par préférence, s'il demande en justice la vente forcée du bien qu'il détient¹¹⁰⁵. Ainsi, cet arrêt venait de consacrer un principe très important, notamment, « *retenir et céder ne vaut* ». Cette position a été renforcée récemment par une décision de la chambre commerciale du 16 juin 2015 qui affirme que le droit de rétention n'est pas une sûreté réelle dont l'existence doit être précisée dans la déclaration de créance¹¹⁰⁶. Ces positions sont conformes au droit rénové des sûretés et peuvent valablement recevoir application en droit OHADA, idée partagée par la doctrine majoritaire. Elle estime que ce droit devient de plus en plus intéressant face à l'ouverture d'une procédure collective¹¹⁰⁷ et elle est même invincible¹¹⁰⁸. Le refus de restituer le bien retenu qui s'analyse comme étant le seul avantage du rétenteur n'est pas synonyme de l'exercice d'une procédure d'exécution fut-elle judiciaire ou conventionnelle. Néanmoins, une autre partie de la doctrine pense que le droit de rétention ne saurait être légalement consacré sans une réelle justification, car il s'agit d'un système qui heurte le principe selon lequel, nul ne doit se faire justice.

¹¹⁰⁴ OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Th., Montpellier, Consulté le 24 août 2018 sur www.archives-ouvertes.fr, n°257.

¹¹⁰⁵ RTD Civ. 1997 p. 707, Obs. P. CROCQ, Op cit ; D. 1998 p. 102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit.

¹¹⁰⁶ RTD Com. 2015, p. 745, Obs. A. MARTIN-SERF, Op cit.

¹¹⁰⁷ PIEDELIEVRE (S.), Ibid.

¹¹⁰⁸ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

Cette forme de justice privée est considérée, selon certains, comme un « droit sauvage de tout ou rien »¹¹⁰⁹ et s'exerce en dehors de toute saisie et n'est, par conséquent, assimilable à aucune forme d'exécution. C'est un droit qui retrouve sa justification dans son fondement. Il est inconcevable pour une personne qui ne s'est pas exécutée de réclamer à son créancier. A cet effet, la justice lui sert de fondement. Mais, elle ne suffit pas à l'expliquer, il s'y ajoute, l'équité, la maîtrise matérielle. Actuellement, le droit de rétention n'a plus un fondement cohérent. Et certains voient même ce droit comme un comportement naturel¹¹¹⁰ de la part du créancier rétenteur. Néanmoins, le droit de rétention autonome, tel que consacré par les droits réformés (droit des sûretés et des procédures collectives de l'OHADA), se détache carrément d'une voie d'exécution, même si, à présent, une partie de la doctrine continue à admettre son assimilation avec le gage¹¹¹¹. Partant, les droits du rétenteur ne sont plus soumis aux restrictions d'exécution.

2- L'absence de soumission du rétenteur aux restrictions relatives aux procédures d'exécution

Les rapports entre droit des sûretés et droit des entreprises en difficulté sont souvent mouvementés¹¹¹², car au lieu que le droit des entreprises en difficulté puisse servir collectivement les intérêts des créanciers sans inégalité, nous constatons qu'il devient de plus en plus une terre de conflits¹¹¹³. Toutefois, qu'il s'agisse d'un traitement préventif ou curatif, l'ouverture d'une procédure collective produit des effets communs. Tous les créanciers chirographaires ou titulaires de sûretés, conformément au droit rénové des procédures collectives, sont soumis à la discipline collective et son corollaire de suspension et d'interdiction des poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement d'une créance antérieure à la décision d'ouverture de la procédure. Et selon l'art 9¹¹¹⁴ al. 2 de l'AUPCR, cette suspension ou interdiction concerne aussi bien les voies d'exécution que les mesures conservatoires, y compris toute mesure d'exécution extrajudiciaire. Cette mesure vise uniquement les procédures d'exécution entreprises lors du règlement préventif. Cependant, en cas de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, l'art 75 al. 2 de l'AUPCR prévoit

¹¹⁰⁹ ADJITA (A. W.), Le droit de rétention comme sûreté en droit uniforme (OHADA), Pénant n°844, 2003, p. 282.

¹¹¹⁰ ADJITA (A. W.), Ibid., p. 283.

¹¹¹¹ ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme du 15 déc. 2010 portant organisation des sûretés, in OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, éd. 2016, p. 912.

¹¹¹² ROUSSEL GALLE (P.), Les sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté, RDBF n°5, Septembre 2014, dossier 38, p.31, n°1.

¹¹¹³ ROUSSEL GALLE (P.), Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres, Op cit.

¹¹¹⁴ Cet article et l'art 75 de l'AUPCR ont pour équivalent en droit français ceux L 622-21 à L 622-23 du Code de commerce.

que la décision d'ouverture arrête ou interdit toute procédure d'exécution de la part des créanciers, tant sur les meubles que sur les immeubles.

D'entrée de jeu, il est à rappeler que le domaine du droit de rétention se limite aux meubles. Mais la particularité de la première procédure est relative au fait que les créanciers ne sont pas constitués en masse et les exigences de production des créances n'y figurent pas aussi. Donc, dans le cadre du règlement préventif, la solution est simple, puisque le droit de rétention n'est pas indiqué, conformément aux dispositions. Néanmoins, l'utilisation dans le traitement curatif de l'expression : « tous les créanciers composant la masse¹¹¹⁵ » englobe toutes les créances antérieures à la décision d'ouverture des procédures¹¹¹⁶, y compris celle du rétenteur. Il doit en principe subir les atteintes prévues en la matière, notamment, l'arrêt ou l'interdiction de toutes les procédures d'exécution de la part des créanciers tant sur les meubles que sur les immeubles¹¹¹⁷. Le législateur français parle de traitement préférentiel¹¹¹⁸. A cet effet, les restrictions de poursuites et d'exécution s'appliquent par principe, à tous les créanciers antérieurs et postérieurs non éligibles à ce traitement. Donc, sont concernés tous les créanciers non privilégiés, indifféremment de leur statut chirographaire ou munis de sûreté conventionnelle, y compris le rétenteur autonome qui n'en bénéficie pas conformément aux dispositions de l'art L 622-17 du Code de commerce français. Toutefois, le droit de rétention n'étant ni une voie d'exécution ni une demande en paiement encore moins une poursuite, le rétenteur devrait échapper à ces atteintes, puisqu'avec la réforme, la rétention du bien est devenue la seule prérogative qui lui est reconnue. Son droit est de ce fait, exclu du domaine des restrictions relatives aux procédures d'exécution comme il l'est en droit français.

En droit français, plusieurs décisions militent en faveur de l'efficacité du droit de rétention¹¹¹⁹. La plus emblématique¹¹²⁰ affirmait un principe, celui du droit de retenir et non de procéder à la vente forcée. C'est le principe déclencheur qui soustrait le rétenteur à toute restriction d'exécution. Ces positions protectrices du droit de rétention se focalisent surtout sur son autonomie à l'égard du gage, c'est-à-dire le fait que ses effets ne soient plus comparés ou

¹¹¹⁵ V. art 75 al. 1^{er} de l'AUPCR.

¹¹¹⁶ Il s'agit de la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens.

¹¹¹⁷ V. art 75 al. 2 de l'AUPCR.

¹¹¹⁸ OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Op cit., n°236.

¹¹¹⁹ Cass. com., du 20 mai 1997, n°95-11.915, Bull. civ. IV, n°141, D. 1997, p. 707, Obs. P. CROCQ, Op cit. ; D. 1998.479, Obs. F. KENDERIAN, Op cit. ; Ibid. 102, Obs. S. PIEDELIEVRE, Op cit. ; Ibid. 115, Obs. R. LIBCHABER, Op cit. ; RTD Com. 1998, p. 202, Obs. A. MARTIN-SERF, Op cit ; Cass. com. 20 mai 1997, aff. SA Crédit Lyonnais et autres c/ Krebs et autres ; Cass. com. 03 mai 2006, n°04-15.262, RTD Civ. 2006 p. 584, Obs. T. REVET, Op cit. ; Cass. com. 16 juin 2015, n°13-27.736, arrêt n°592 F-D, RTD Com. 2015 p.745, Op cit.

¹¹²⁰ Cass. com., du 20 mai 1997, n°95-11.915, Bull. civ. IV, n°141 dite arrêt Carrosserie, Op cit.

confondus à ceux d'une sûreté mobilière classique. Ce qui lui donne une efficacité inégalable qui s'impose à toutes les procédures ouvertes à l'encontre du débiteur ou même d'un tiers. Par contre, le droit initial des sûretés¹¹²¹ donnait l'opportunité au débiteur de paralyser l'exercice de ce droit. Il pouvait fournir une sûreté réelle équivalente de substitution au créancier rétenteur qui n'avait pour seule option que de renoncer au droit de rétention¹¹²².

La faculté qui avait été offerte au débiteur participait à la dénaturalisation de ladite sûreté. Cependant, la réforme intervenue en 2010 a permis au droit de rétention de retrouver son lustre d'antan. La garantie du rétenteur est devenue une sûreté vedette qui ne recule devant rien. Peu importe que l'activité du débiteur soit viable ou non, les organes de la procédure ne peuvent faire autrement que de désintéresser le créancier rétenteur afin de mettre le bien au service de l'entreprise débitrice. Le droit de rétention n'étant plus assimilé au gage, il n'est de sûretés réelles qui lui soient équivalentes. Son exercice diffère de ce fait, de toute action et voie d'exécution, comme souligné par les Hauts juges et partagé par une majorité de la doctrine¹¹²³. Les principes ainsi formulés, en l'occurrence, « retenir et consigner ne vaut », « retenir et substituer ne vaut » pour justifier le paiement immédiat du rétenteur et complétés par deux autres aux fins de son paiement au complet, notamment, « retenir et céder ne vaut » et « retenir et concourir ne vaut »¹¹²⁴ témoignent à suffisance, notre adhésion. Néanmoins, à force de venter la toute-puissance du droit de rétention et la suprématie du rétenteur sur tous les autres créanciers, en cas d'ouverture d'une procédure collective, les Hauts magistrats ont fini par décider de l'inefficacité du droit de rétention portant sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture¹¹²⁵. Et c'est de cette même façon qu'on a assisté au refus injustifié¹¹²⁶ de ce droit lors d'un règlement préventif. Ces atteintes nous amènent à formuler les autres attributs sous forme de principe, de nature à renforcer les prérogatives de ce droit. Il s'agit de : « retenir et poursuivre ne vaut » et « retenir et exécuter ne vaut » qui serviront de bouclier, pour non seulement les restrictions de poursuites, mais aussi d'exécution.

¹¹²¹ V. art 42 al. 2 de l'AUS initial.

¹¹²² OTOUMOU (J. -C.), Le droit de rétention en droit OHADA, Pénant n°838, janv. Mars 2002, p.81.

¹¹²³ V. SAMB (M.), Droit de rétention, in P. G. POUGOUE (Ss dir.), Encyclopédie du droit OHADA, Op cit., p. 723.

¹¹²⁴ LE CORRE (P. -M.), L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement, Op cit.

¹¹²⁵ LIENHARD (A.), Inefficacité du droit de rétention portant sur des marchandises confiées après le jugement d'ouverture, D. 2001 p. 3533.

¹¹²⁶ C.A Abidjan, arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Ohada.com/ Ohadata J-10-248, Obs. R. ASSONTSA et H. M. TCHABO SONTANG.

Conclusion du titre II

Au terme de ce titre, on se rend compte que les créanciers munis de sûretés réelles modernes bénéficiant d'une exclusivité leur permettant d'être à l'abri des restrictions imposées par le droit des entreprises en difficulté, ne sont pas épargnés par la rigueur de cette discipline. Ils seront assujettis à des obligations et même des atteintes à leurs droits. Ces créanciers de droit exclusif regroupent les titulaires de propriété-sûreté et les rétenteurs. Les premiers sont composés, d'une part, des créanciers réservataires, notamment la propriété réservée et, d'autre part, des créanciers cessionnaires, en l'occurrence, la propriété cédée à titre de garantie. Le bénéficiaire de la clause de réserve va être confronté à l'exigence d'un formalisme et à l'inopposabilité de ses droits, faute d'agir dans le délai. Et en ce qui concerne le droit de rétention, son titulaire ne bénéficie pas du droit de préférence et de suite. Parfois, il lui est même opposé l'absence de propriété du débiteur. Toutes ces atteintes sont de nature à entacher le paiement prioritaire et même intégral de ces créanciers.

Conclusion de la Seconde partie

Dans cette partie, le droit de paiement des créanciers munis de sûretés réelles est malmené. Par rapport aux titulaires de sûretés réelles classiques, leur droit préférentiel est primé par les droits des créanciers privilégiés, parmi lesquels figurent les créanciers antérieurs et postérieurs.

Le droit de préférence du gagiste, du nanti et du créancier hypothécaire va entrer en concurrence avec les droits des « créanciers de secours » et ceux d'aliments. Subvenir en aide à un débiteur défaillant devient une cause de préférence et donc, de protection légale. C'est ce qui justifie les privilèges de l'argent frais et même ceux des frais de justice. Quant aux superprivilèges, ils permettent au débiteur d'assurer temporairement la nourriture familiale. C'est pourquoi, ils sont indispensables et sont même défalqués, en l'absence de liquidité, aux premières entrées. Néanmoins, on se rend compte aussi qu'en liquidation judiciaire, les titulaires de droit mobilier peuvent bénéficier de la faveur du retrait contre paiement¹¹²⁷ qui peut les mettre hors concours, y compris la faculté d'attribution conventionnelle, si cela a été convenu antérieurement à l'ouverture de la procédure, entre le créancier et le débiteur.

En outre, les titulaires de droit exclusif qui sont censés être à l'abri subiront aussi des restrictions à leur droit, parmi lesquels, certains ont même été omis par le droit des procédures collectives. Il s'agit de la propriété cédée à titre de garantie. Et d'autres, en l'occurrence, les réservataires obéissent à un délai dont l'inobservation est sanctionnée jadis, par l'extinction du droit et, aujourd'hui, par l'inopposabilité.

Qu'il s'agisse du droit de rétention ou de la propriété-sûreté aucune d'elles ne bénéficie des prérogatives de droit réel tels que, le droit de préférence et de suite. En matière mobilière, l'absence du dernier avantage se comprend aisément, car la sécurisation de la libre circulation des biens en dépend. Néanmoins, le droit préférentiel devrait être accordé à tous les titulaires de sûretés réelles, sans distinction. D'ailleurs, la *summa divisio*, sûretés préférentielles et sûretés exclusives n'oppose plus les sûretés réelles parce que la plupart des sûretés réelles traditionnelles confère un droit à l'exclusivité¹¹²⁸. C'est le cas du gage, du nantissement et de l'hypothèque qui peuvent tous s'aménager un droit exclusif et cela, à travers la consécration du pacte comissoire et même de l'attribution judiciaire.

¹¹²⁷ V. art 149 de l'AUPC.

¹¹²⁸ BOUGEROL (L.), Sûretés préférentielles et sûretés exclusives, une autre *summa divisio* ?, RDBF n°5, sept. 2014, dossier 36, p. 21, n°17.

CONCLUSION GENERALE

Au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que l'efficacité des sûretés réelles ne souffre d'aucun doute, en raison de l'existence des mécanismes de protection permettant d'assurer le paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives. Cependant, leurs droits sont soumis aux exigences procédurales qui sont de nature à les restreindre pour des raisons de sauvetage ou de sauvegarde de l'entreprise débitrice.

Les titulaires de droit de préférence, en l'occurrence les sûretés réelles traditionnelles, sont protégés. Une telle protection est constatée non seulement dans les concordats mais aussi en dehors de ceux-ci.

La protection dans les procédures concordataires s'articule autour de deux axes, selon que le débiteur est ou non en cessation des paiements. Dans le premier cas, le concordat est préventif et doit se former en tenant compte des intérêts du titulaire de garantie réelle classique. D'ailleurs, conformément aux dispositions en vigueur, le règlement préventif qui aboutit à la conclusion de cet accord n'est plus l'apanage du seul débiteur, le droit rénové associant le créancier dans le déclenchement de cette procédure. C'est ce qui justifie la consécration de la requête conjointe. Mieux, lesdites sûretés sont maintenues. Le créancier conserve ses garanties durant toute la procédure préventive. Cependant, il ne pourrait les réaliser qu'en cas d'annulation du concordat. Il est à souligner également que les délais consentis par les créanciers et qui leur sont souvent imposés ne le sont pas pour les bénéficiaires de sûretés réelles classiques. Ceux-ci ne se verront pas obligés au moment où on accorde une nouvelle échéance. Ils vont, par conséquent, bénéficier d'un traitement préférentiel par rapport aux chirographaires. Dans cette même dynamique, les remises de dettes ne sont pas exigées aux créanciers indifféremment de leur statut.

Et, au moment de l'exécution du concordat préventif, nous constatons, l'introduction d'organes de surveillance¹¹²⁹ qui va amplement veiller à la bonne application de cet accord. En droit, il peut exister aussi un traitement préférentiel entre les créanciers, si la situation de ces derniers le justifie¹¹³⁰.

¹¹²⁹ V. art 16 al. 1^{er} de l'AUPC.

¹¹³⁰ V. art 27 dernier alinéa de l'AUPC.

La même situation reçoit application dans le concordat de redressement avec quelques particularités. D'abord, il est clair qu'une procédure de redressement judiciaire suppose forcément que le débiteur soit en cessation des paiements.

De la formation du concordat de redressement à son exécution, en passant par l'homologation, les droits des créanciers, assortis de sûretés réelles conventionnelles, sont protégés.

Les titulaires de sûretés réelles régulièrement publiées doivent être informés personnellement afin de produire leurs créances et sûretés. Et, c'est seulement à compter de cette notification que le délai de déchéance commence à courir à leur égard.

Par ailleurs, ils ne sont obligés que par les délais et remises consentis par eux, conformément aux dispositions de l'art 134 al. 2 de l'AUPC. Bien qu'ils soient soumis aux mesures de restrictions, notamment, l'arrêt des inscriptions et l'interruption ou l'interdiction des actions en justice de nature à obtenir paiement y compris la suspension de celles déjà introduites, le syndic autorisé par le juge commissaire peut leur retirer le bien grevé contre désinternement intégral.

En outre, dans le cadre d'une cession portant sur les biens de l'entreprise débitrice, ces créanciers bénéficient aussi du principe de l'affectation de quote-part, pour l'exercice de leur droit de préférence¹¹³¹.

En plus de ce droit préférentiel, les créanciers munis de sûretés réelles classiques peuvent mettre en œuvre leur droit exclusif, composé de l'attribution judiciaire et conventionnelle. Concernant la première, son exercice risque d'être entravé, au regard des principes de neutralisations des poursuites et mesures d'exécutions, sauf cas de leur reprises. En revanche, la mise en jeu de la seconde hypothèse, en l'occurrence, le pacte comissoire, est possible, car sa réalisation est automatique et donc, différente de l'exercice d'une action en justice. Néanmoins, la mise en œuvre d'un tel droit n'est pas autorisée dans la procédure préventive, selon l'art 9 al. 2 de l'AUPC qui vise explicitement les mesures d'exécutions extrajudiciaires comme faisant parties de la suspension des poursuites individuelles. C'est pourquoi, une partie de la doctrine parle de limitation partielle de l'efficacité du pacte comissoire¹¹³².

¹¹³¹ V. art 162 AUPC.

¹¹³² CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés, Modernisation de l'Acte uniforme sur les procédures collectives de l'OHADA, Op cit., p. 62.

La protection ne se limite pas qu'aux sûretés réelles traditionnelles, elle s'étend aussi aux sûretés réelles modernes, notamment le droit de rétention qui a quitté la catégorie du droit de préférence pour entrer dans celle du droit exclusif et des sûretés-propriétés.

Les titulaires du droit exclusif sont sérieusement protégés contre les vicissitudes du droit des procédures collectives. L'assiette de leur sûreté est protégée ainsi que leur droit.

Cependant, il est à souligner que l'exercice d'un droit de rétention n'est ni synonyme de l'exercice d'une poursuite ni de l'exerce d'une voie d'exécution. C'est la raison pour laquelle les atteintes relatives aux actions en justice et les mesures des voies d'exécution ne lui sont pas applicables. En tout cas, l'art 9 de l'AUPC qui traite de la procédure préventive ne le mentionne pas dans son domaine d'application. Par contre, dans l'art 75 de l'AUPC relatif à la procédure curative de redressement judiciaire et de liquidation des biens, le rétenteur est visé, lorsque sa créance est antérieure à l'ouverture des procédures. Cela s'explique par le fait que ce dernier fait partie de la masse des créanciers à laquelle fait allusion cet article. Toutefois, même étant dans cette masse, son droit demeure opposable à la procédure, puisqu'aucun texte ne l'oblige à restituer, ou à se dessaisir de la chose retenue.

Pour le cas de la sûreté-propriété, son droit est sécurisé contre la procédure collective pour plusieurs raisons. D'une part, elle suppose que le bien en question n'est pas entré ou est sorti du patrimoine du débiteur ce qui fait qu'on ne peut plus imposer sur elle des restrictions de nature patrimoniale. D'autre part, les mesures de suspension et d'interdiction de poursuites ne lui sont pas appliquées. Partant, nous pouvons affirmer, sans risque de se tromper, qu'il existe des moyens de protection de nature à garantir le paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles conventionnelles, même si, pour des besoins de sauvetage ou de sauvegarde, des atteintes peuvent leur être portées.

La seconde partie de notre travail est d'ailleurs consacrée à ces mesures de restriction. Nous sommes partis d'un postulat simple en faisant la distinction entre les titulaires de droit préférentiel et ceux de droit exclusif.

Pour les premiers, ils sont concurrencés par les bénéficiaires de privilèges. Mais, seuls sont visés les privilèges de *new money* et ceux des salaires communément appelés « superprivilèges ».

La suprématie ou la supériorité de ceux qui sont qualifiés de « sauveurs » s'explique aisément. Il est avant tout de notre mission de préciser que la primauté de ces créanciers privilégiés

s'effectue au regard des créanciers antérieurs, munis de sûretés réelles conventionnelles, assorties d'un droit de préférence. Donc, les créanciers conciliants et ceux de la procédure vont primer sur les titulaires de garantie réelles. C'est ce qui découle des dispositions des arts 166 et 167 de l'AUPC respectivement en matière immobilière et mobilière. La raison du succès des premiers sur les seconds, s'explique par le rôle ou la tâche qu'occupent lesdits privilèges dans la protection de l'entreprise débitrice. C'est la concrétisation de l'adage biblique « Ainsi les derniers seront les premiers, et les premiers seront les derniers »¹¹³³.

Pour les titulaires de droit exclusif, en plus du fait de ne pas bénéficier des prérogatives de droit réel, tels que : le droit de préférence et de suite qui sont des restrictions d'ordre général, ils font face à des restrictions qui leur sont spécifiques. La fongibilité qui est une garantie pour le développement des échanges et donc, du commerce n'est pas à présent bien compris.

Néanmoins, ces quelques restrictions des droits des créanciers ne doivent pas entacher leur l'efficacité.

Certes, la réforme du droit des procédures collectives a pris en compte les innovations en matière de sûretés réelles, mais, elle demeure muette sur la propriété cédée à titre de garantie. Et, quant au droit de rétention, très peu de textes lui ont été consacrés. Une partie de la doctrine parle même d'absence de dispositions le traitant¹¹³⁴.

Sans doute, le droit rénové présente des qualités intrinsèques. Cependant, sa réussite ne dépend pas que d'elles. Elle suppose aussi un environnement économique et politique sain, car l'objectif visé par le législateur OHADA, reste l'attractivité des investisseurs, gage de la croissance économique, sans renoncer à la sécurité juridique et judiciaire. Or, pour l'atteindre, il ne s'agit pas d'avoir uniquement des sûretés efficaces, pour le créancier, mais pour tous les acteurs économiques, puisqu'un droit des sûretés efficace pour le créancier est un droit sans pitié à l'égard du débiteur. Et un droit des sûretés charitable pour le débiteur est un droit où le crédit octroyé par le créancier est faible.

En plus, aucune sûreté ne peut rassurer un créancier qui ne pourrait compter sur l'autorité publique pour lui prêter main forte.

¹¹³³ Matthieu 19.13-20.16, sur www.dicocitations.com, Consulté le 9 oct. 2018.

¹¹³⁴ OYONO (M.), La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en droit comparé franco-OHADA, Op cit., n°257.

BIBLIOGRAPHIE

A. OUVRAGES GENERAUX, MANUELS

BITSAMANA (H. A.), *Dictionnaire de droit OHADA*, Ohadata D-05-33 ;

BOUGEROL-PRUD'HOMME (L.), *L'exclusivité et garantie de paiement*, 2012, LGDJ ;

BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *Droit civil, les obligations*, Paris, Dalloz Sirey, 13^e éd., 2012, 1028 pages ;

CHAPUT (Y.), *Droit du redressement et de la liquidation judiciaire des entreprises*, 3^{ème} éd., 1996, PUF ;

CHARTIER (Y.), *Droit des affaires*, t. 3 : Entreprises en difficulté. Prévention. Redressement. Liquidation, 1989, coll. Thémis, PUF. ;

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Quadrige/PUF, 10^e éd., 2015, 1099 pages ;

COQUELET (M. -L.), *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit*, 4^{ème} éd., 2011, coll. Hypercours, Dalloz ;

CROCQ (P.), *Propriété et garantie du crédit*, 1995, préf. M. GOBERT, LGDJ ;

DUPICHOT (Ph.), *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, 2005, préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon Assas ;

DUTILLEUL (F. C.), DELEBECQUE (P.), *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 9^e éd., 2011, 1028 pages ;

GIJSBERS (Ph.), *Sûretés réelles et droit des biens*, Economica, 2015 ;

GUINCHARD (S.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 25^{ème} éd., 2017-2018, 2158 pages ;

GUYON (Y.), *Droit des affaires*, t. 2 : Entreprise en difficulté, 5^{ème} éd., Economica, 1996 ;

ISSA-SAYEGH (J.), *Répertoire Quinquennal OHADA*, UNIDA OHADA.com, 2005, 815 pages, www.ohada.com ;

JEANTIN, CANNU, *Droit commercial. Entreprises en difficulté*, 7^{ème} éd., 2007, coll. Précis, Dalloz ;

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 8^{ème} éd. 2013, 701p. ;

KALIEU ELONGO (Y. –R.), *Le droit des procédures collectives de l’OHADA*, PUA, 2016, 213 pages ;

KANTE (A.), *Droit social sénégalais « Droit du travail, Droit de la protection sociale »*, L’Harmattan, 2017, 347 p. ;

KOUMBA (E. M.), *Droit de l’OHADA : prévenir les difficultés des entreprises*, L’Harmattan, 2013, 336 p.

LE CORRE (P. –M.), *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 9^{ème} éd., 2017-2018.

LEGEAIS (D.), *Sûretés et garanties du crédit*, Manuel, LGDJ, 9^{ème} éd., 2013 ;

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), BILLIAU (M.), *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, 1996, LGDJ ;

NETTER (E.), *Les garanties indemnitaires*, 2014, PUAM, préf. N. RONTCHEVSKY ;

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 9^{ème} éd., 2012, LGDJ ;

PIEDELIEVRE (S.), *La publicité foncière*, Defrénois, 2014 ;

POUGOUE (P. -G.), KALIEU ELONGO (Y. R.), *L’organisation des procédures collectives d’apurement du passif OHADA*, P.U.A, Yaoundé 1999 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, coll. Carré droit, Litec ;

SAWADOGO (F. M.), *Droit des entreprises en difficulté*, édition bruylant, Coll. Droit uniforme africain, 2002 ;

SIMLER (Ph.), *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, 5^{ème} éd., 2015, LexisNexis ;

TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil : les obligations*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2011, 1542 pages ;

THERA (F.), *La réforme de l’OHADA et les procédures collectives d’apurement du passif*, L’Harmattan, 2012, 498 p.

TOH (A.), *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, LGDJ, 2017, 415 p.

ZENATI-CASTAING (F.), REVET (T.), *Cours de droit civil, sûretés personnelles*, PUF, 2013.

B. ENCYCLOPEDIES

ALBIGES (C.), PICOD (Y.), *Nantissement*, Rép. com. Dalloz, juin 2012, 22 p. ;

BARRIERE (F.), *Fiducie*, Rép. civ. Dalloz, avr. 2015, 34 p. ;

BLANC (G.), *Entreprises en difficulté* (Cession de l'entreprise), Rép. com. Dalloz, oct. 2015, 53 p. ; *Entreprises en difficulté* (Plan de sauvegarde et de redressement), Rép. com. Dalloz, avr. 2016, 58 p.;

CHABOT (G.), *Mise en demeure*, Rép. pr. civ. Dalloz, sept. 2015;

CABRILLAC (M.), *Warrant*, Rép. com. Dalloz, Oct. 2015, 20 p.;

CAGNOLI (P.), *Entreprises en difficulté* (Procédure et organes), Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 134 p. ;

CESARO (J.-F.), *Entreprises en difficulté* (Règles propres aux salariés), Rép. trav. Dalloz, juin 2014 ;

CESARO (J.-F.), *Entreprises en difficulté* (Salariés), Rép. com. Dalloz, janv. 2006, 89 p.;

CROCQ (P.), *Gage*, Rép. civ. Dalloz, janv. 2016, 43 p.;

DE LAMBERTYE-AUTRAND (M.-C.), *Sûretés mobilières*, Rép. internat. Dalloz, août 2008 ;

DELEBECQUE (P.), PANSIER (F.-J.), *Administrateur*, Rép. com. Dalloz, janv. 2014, 59 p. ;

DERRUPPE (J.), *Nantissement de fonds de commerce*, Rép. com. Dalloz, janv. 2000, 23 p. ;

DERRUPPE (J.), *Nantissement de fonds de commerce*, Rép. imm. Dalloz, oct. 2015 ;

D'AVOUT (L.), *Biens*, Rép. internat. Dalloz, avr. 2010 ;

DUMAS (J.-P.), COHEN-BRANCHE (M.), *Cession et nantissement de créances professionnelles*, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 28 p.;

FRANCOIS (B.), *Fiducie*, Rép. com. Dalloz, juin 2013, 94 p.;

HOUTCIEFF (D.), *Gage commercial*, Rép. com. Dalloz, oct. 2006, 26 p. ;

KHAIRALLAH (G.), *Hypothèques*, Rép. internat. Dalloz, juin 2013 ;

LE CANNU (P.), *Entreprises en difficulté* (Avant-propos), Rép. com. Dalloz, fév. 2008, 22 p. ;

LECOURT (B.), *Administrateur provisoire*, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 38 p. ;

LEGEAIS (D.), *Sûretés*, Rép. civ. Dalloz, janv. 2016, 13 p. ;

LE GUIDEC (R.), CHABOT (G.), *Succession* (3.liquidation et règlement du passif héréditaire), Rép. civ. Dalloz, oct. 2015, 70 p.;

LIBOCHABER (R.), *Biens*, Rép. civ. Dalloz, avr. 2015, 81 p.;

LIENHARD (A.), *Entreprises en difficulté* (Sauvegarde accélérée), Rép. com. Dalloz, oct. 2014, 24 p.;

MACO RIG-VENIER (F.), *Entreprises en difficulté* (Les créanciers- 1. Situation des créanciers), Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 204 p. ;

MARTIN-SERF (A.), *Entreprises en difficulté* (Nullité de la période suspecte), Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 68 p.;

MOULIN (J.-M.), *Fusion scission et apport partiel d'actif*, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 103 p.;

OPHELE (C.), *Cession de créance*, Rép. civ. Dalloz, oct. 2014, 65 p. ;

PETEL -TEYSSIE (I.), *Saisie et cession des rémunérations*, Rép. pr. civ. Dalloz, janv. 2016 ;

PICOD (Y.), *Nantissement de l'outillage et du matériel*, Rép. com. Dalloz, févr. 2008, 15 p. ;

PIEDELIEVRE (S.), *Gage immobilier*, Rép. civ. Dalloz, sept. 2011, 19p. ;

PIEDELIEVRE (S.), GUERCHOUN (F.), *Saisie et mesures conservatoires*, Rép. pr. civ. Dalloz, oct. 2014 ;

PIEDELIEVRE (S.), GUERCHOUN (F.), *Saisie immobilière*, Rép. pr. civ. Dalloz, janv. 2016 ;

PIEDELIEVRE (S.), *Ventes publiques d'immeubles*, janv. 2012, 14 p. ; Vente publique de meubles, Rép. pr. civ. Dalloz, mars 2012 ;

PIETTE (G.), *Cautionnement commercial*, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 50 p. ; Lettre d'intention, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 22 p. ;

PIETTE (G.), *Rétention*, Rép. civ. Dalloz, juin 2013, 37 p. ;

POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy 2011, 2191 pages ;

THERY (Ph.), *Saisie de droits sociaux et valeurs mobilières*, Rép. com. Dalloz, juin 2014, 27 p. ;

VOINOT (D.), *Reserve de propriété*, Rép. com. Dalloz, janv. 2016, 43 p. ;

C. OUVRAGES SPECIALISES, MONOGRAPHIES

ANOUKAHA (F.), *Le droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, Coll. Droit Uniforme, P. U.A, Yaoundé 1998, 164 pages;

ANOUKAHA (F.) ; CISSE- NIANG (A.) ; ISSA-SAYEGH (J.) ; MESSANVI (F.) ; NDIYAE (I. Y.) ; SAMB (M.), *OHADA : Sûretés*, Ed. Bruylant, Bruxelles, Collection Droit Uniforme Africain, 2002, 279 pages ;

AYNES (L.), CROCQ (P.), *Les sûretés, la publicité foncière*, 9^{ème} éd., 2015, Defrénois ;

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), *Droit des sûretés*, 5^{ème} éd., 2015, LexisNexis ;

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PETEL (Ph.), *Droit des sûretés*, coll., Manuel, Litec, 9^{ème} éd., 2010 ;

CROCQ (P.), (dir.), *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés*, « La réforme du droit des sûretés de l'OHADA », Lamy Axe Droit, Coll., 2012, 405 p. ;

ISSA-SAYEGH (J.), *Acte uniforme du 15 décembre 2010 portant organisation des sûretés*, in *OHADA : Traité et actes uniformes commentés et annotés*, JURISCOPE 5^{ème} éd., 2016 ;

JOBAR-BACHELLIER (M.-N.), BOURASSIN (M.), BREMOND (V.), *Droit des sûretés*, Sirey, 4^{ème} éd., 2014 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Droit et pratiques des suretés réelles OHADA*, PUA, Yaoundé, 2010, 236 p. ;

MALAURIE (Ph.), AYNES (L.), CROCQ (P.), *Droit des sûretés*, coll. « Droit civil », 9^{ème} éd., 2015, LGDJ, Lextenso éditions, 471 p. ;

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2^{ème} éd., 2010 ;

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, PUF, Coll., Thémis, 2^{ème} éd., 2011 ;

PIEDELIEVRE (S.), *Droit des sûretés*, Ellipses, 2008 ;

PIETTE (G.), *Mémento – Droit des sûretés*, Gualino, 8^{ème} éd., 2014-2015 ;

SIMLER (Ph.), DELEBECQUE (Ph.), *Les sûretés, la publicité foncière*, précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012 ;

SOW (O.), *La sécurisation des engagements bancaires dans les Etats-parties au traité de l'OHADA*, NENA, 2010, 308 p.

D. THESES

BEN ADIBA (A.), *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels, proposition pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Thèse, Montréal, 2012, 556 p., www.bib.umontréal.ca/papyrus ;

BOHOUSSOU (K. S), *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA, proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, Th., Bordeaux, 2015, 530 p.;

BUI (D. G.), *Sûretés conventionnelles sur créances en droit français, anglais et vietnamien*, Th., Paris, 2014, 404 p.;

DAUCHEZ (C.), *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, Thèse, Paris II, 2013, 386 p., www.google.com ;

EMERICH (Y.), *La propriété des créances Approche comparative*, Thèse, Montréal, 2004, 598 p., www.bib.umontreal.ca/papyrus ;

EVELAMENOU (S. K.), *Le concordat préventif en droit OHADA*, Thèse, Paris-Est, 2012, 479 p. ;

JAMES (J. C.), *La situation des créanciers gagistes dans les procédures collectives*, Thèse Dijon, 1995, 370 p. ;

KAKALY (Y. J. D.), *L'affectation de compte bancaire en garantie d'une dette*, Thèse, Université de Toulouse01, 2010, 364 pages, www.google.com ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Les garanties conventionnelles du fournisseur de crédit en droit camerounais*, Thèse, Montpellier I, 1995, 369 p., www.kalieu-elongo.com ;

KEUFFI (D.E.), *La régularisation des marchés financiers dans l'espace OHADA*, Thèse, Strasbourg, 2010, 481 pages, www.google.com ;

KOUAMO (D. R.), *L'implication du salarié dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises dans l'espace OHADA. Le cas du Cameroun*, Th., Nantes, 2018, 376 p., www.these.fr ;

LEDUC (A.), *De la réforme et de l'harmonisation du droit des sûretés dans un contexte de mondialisation de l'économie : Vers un retour au paradigme de l'uniformisation du droit ?*, Thèse, Montréal, 2011, 736p., www.bib.umontreal.ca/papyrus ;

OYONO (M.), *La protection des sûretés réelles exclusives dans les procédures collectives en Droit comparé franco-OHADA*, Thèse Montpellier, 2016, 534 p.;

SALEY SIDIBE (H.), *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, Diffusion ANRT, www.difusiontheses.fr , 484 p.

TCHAKOTEU MESSA BIEM (L.), *La protection des créanciers dans les procédures collectives d'apurement du passif, par comparaison avec le droit français*, Thèse, Perpignan, 2013 ;

TCHOUAMBIA TOMTOM (L. J. B.), *La transparence dans les procédures collectives d'apurement du passif de l'OHADA*, Thèse, Dschang, 2013 ;

THERA (F.), *L'application et la réforme de l'Acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse, Lyon, 2010, 533 pages, www.google.com ;

ZENG (R.), *Etude comparée des sûretés réelles en droit français et chinois*, Thèse, Paris, 2010, 419 pages, www.google.com ;

E. ARTICLES DE DOCTRINE, CHRONIQUES, MELANGES

ALILI (S. M.), « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », Ohadata D-06-38, www.ohada.com ;

ANOUKAHA (F.), « L'émergence d'un nouveau droit des procédures collectives d'apurement du passif dans les Etats africains membres de l'OHADA », *Afrique juridique et politique* », *Revue du CERDIP*, n°I, vol.1, janv.- juin 2002, p.62 ;

AUGER (J.), « Problèmes actuels de sûretés réelles », (1997) R.J.T.619, www.themis.umontreal.com ;

ARLETTE (M.-S.), *Cautionnement, arrêt du cours des intérêts, opposabilité par la caution, intérêts moratoires dus par la caution à compter de sa mise en demeure*, RTD com.1995 p.202 ;

ATTAL (M.), « L'incidences internationales de la réforme du droit français des sûretés réelles », D., 2006. 1738 ;

AYNES (L.), *Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie*, *Recueil Dalloz* 2001 p.3110 ;

AYNES (L.), *La réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, présentation générale de la réforme*, *Recueil Dalloz* 2006 p.1289 ;

AYNES (A.), *Consécration légale du droit de rétention*, D. 2006 p.1301 ;

BERENGER (Y. M.), *Quelques précisions sur la notion de cessation des paiements dans l'espace OHADA*, Ohadata D-08-13 ;

BERENGER (Y. M.), *De la suspension des poursuites individuelles dans la procédure de règlement préventif de l'OHADA : le sort de la caution*, Ohadata D-08-14 ;

BERENGER (Y. M.), Brève observation sur le sort du bail commercial dans les procédures collectives de l'OHADA, Ohadata D-08-15 ;

BLANC (G.), Prévenir et traiter les difficultés, Ohadata D-10-18 ;

BLANLUET (G.) et Le GALL (J.-P.), La fiducie, une œuvre inachevée.- Un appel à une réforme après la loi du 19 fév. 2007, JurisClasseur LexisNexis, 2007, 27p. ;

BOCCAVI (A.), Présentation de l'OHADA et du « Code Annoté IDEF de l'OHADA », www.ohada.com ;

BOUBOU (P.), *La réalisation de l'hypothèque dans le projet de l'Acte uniforme sur les sûretés : priorité à la viabilité*, Ohada.com/ Ohadata D-10-54 ;

BOULOC (B.), Gage. Pacte comissoire, Espèce, Attribution à concurrence du défaut de paiement, Redressement judiciaire du débiteur, Portée, RTD com. 1998 p.403 ;

BOULOC (B.), Gage. Réalisation, Réalisation à l'échéance du prêt garanti, RTD com. 2001 p.210 ;

BOULOC (B.), Nantissement, fonds de commerce, inscription provisoire, inscription postérieure à la date de cessation des paiements : Nullité de droit, RTD com. 1998 p.404 ;

BOULOC (B.), Entreprise en difficulté- Redressement judiciaire. Créanciers du débiteur titulaire d'un gage. Exercice du droit de rétention, RTD com. 2001 p.209 ;

BRILL (J.P), L'incidence de la réforme des sûretés sur le droit des procédures collectives, www.google.com ;

BROU KOUAKOU (M.), Le droit OHADA et le cautionnement hypothécaire, Pénant n°856, p.273, Ohadata D-06-53 ;

BRUNETTI-PONS (C.), La spécificité du régime des contrats en cours sans les procédures collectives, RTD com. 2000 p.783 ;

CABRILLAC (M.), *Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers*, in Mélange en hommage à André Breton et Fernand Derrida, Dalloz, 1991, p.13s. ;

CABRILLAC (M.) et PETEL (Ph.), le printemps des sûretés réelles ? Juin 1994, Recueil Dalloz, 1994 p.243.

CADOU (E.), Justice privée et procédures collectives, RTD com. 2000 p.817 ;

CAGNOLI (P.), « Le sort des créanciers munis de sûretés réelles », Rév. proc. Coll. n°3, mai 2015, Dossier 39 ;

CAGNOLI (P.), Le sort des créanciers munis de sûretés réelles, Revue des procédures collectives n°3, mai 2015, dossier 39 ;

CHAPUT (Y.), Sûretés négatives, JC-B-C-B, 1990, 30p. LexisNexis SA ;

CHAUVETTE (P.), Sécurité des investissements dans l'espace OHADA et OAPI, 02 juin 2011, 86p., www.google.com ;

CHAZAL (J.-P.), La propriété : dogme ou instrument politique ? Ou comment la doctrine s'interdit de penser le réel, RTD civ., 2014 p.763 ;

CHENUT (C.-H.), Les garanties ascendantes dans les groupes de sociétés, où les sûretés consenties par les sociétés-filles à leurs sociétés-mères, Revue des sociétés 2003 p.71 ;

CHIFFLOT (B. F.), *Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA*, Revue de Droit bancaire et financier n°01, Lexisnexis, janv. 2011, E2, 19 p.

CROCQ (P.), *Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, Dr et Patr, n°197, p.52, Ohada.com/Ohadata D- 10-62.

CROCQ (P.), L'évolution des garanties du paiement : De la diversité à l'unité, Mélanges Christian Mouly, pp.318-334 ;

CROCQ (P.), La déclaration d'insaisissabilité n'empêche pas l'inscription d'une hypothèque judiciaire, RTD civ., 2014 p.693 ;

CROCQ (P.), Fiducie-sûreté. Cession Dailly. Défaut d'application des nullités de la période suspecte. Une bonne affaire pour les banques !, RTD civ., 1996 p.671 ;

CROCQ (P.), Connaissance effective et opposable d'un droit soumis à une formalité de publicité mais non publié : de la publicité des mutations immobilières à celle du gage de véhicule automobile, RTD civ., 1997 p.467 ;

CROCQ (P.), Cautionnement. Gage de véhicule automobile. Bénéfice de subrogation et clause prévoyant l'inscription facultative d'une sûreté, RTD civ., 1996 p.948 ;

CROCQ (P.), Gage d'instrument financiers. Constitution. Déclaration. Subrogation. Les effets de la réforme du 02 juil. 1996 sur la jurisprudence récente relative au gage de valeurs mobilières, RTD civ., 1996 p.952 ;

CROCQ (P.), Gage du vendeur à crédit de véhicule automobile. La dépossession fictive est une conséquence de l'inscription du gage et non une condition de sa validité, RTD civ. 1996 p.955 ;

CROCQ (P.), La distinction du gages-espèce et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte, RTD civ. 2007, p. 373 ;

CROCQ (P.), Gage-espèces. Qualification compatibilité avec la prohibition du pacte commissaire, RTD civ. 1996 p. 669 ;

CROCQ (P.), hypothèque consentie par deux époux et mise en liquidation judiciaire de l'un des deux. Possibilité laissée au créancier hypothécaire du conjoint *in bonis* de déclarer sa créance et conséquence du défaut de déclaration, RTD civ., 1996 p.666 ;

CROCQ (P.), Aval. Impossibilité d'invoquer l'arrêt du cours des intérêts, avant comme après la réforme du droit des procédures collectives par la loi du 10 juin 1994, lorsque le porteur exerce son recours cambiaire, RTD civ., 1996 p.947 ;

CROCQ (P.), Connaissance réputée et opposabilité de la réserve de propriété : la mauvaise foi peut, elle aussi, être parfois présumée, RTD civ., 1997 p.472 ;

CROCQ (P.), Propriété-garantie. Le crédit-bailleur l'art115 de la loi du 25 janv. 1985 et la continuation des contrats en cours (Suite), RTD civ., 1996 p.956 ;

CROCQ (P.), Nantissement de fonds de commerce et refus du droit de rétention fictif de l'art 2286, 4°, du Code civil, RTD civ., 2014 p.158 ;

CROCQ (P.), Hypothèque. Privilège des frais de justice dont sont titulaires les organes de la procédure collective. Frais inutiles à la conservation et à la réalisation de l'immeuble. Variation sur la primauté du créancier hypothécaire, RTD civ. 1996 p.433 ;

CROCQ (P.), Des créanciers et des contractants mieux protégés in Dr et Patr. n° 253, déc. 2015, p. 59 ;

CROCQ (P.), La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés, D. 2006 p.1306 ;

CROCQ (P.), Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés, D. 2011 p.432 ;

CROCQ (P.), Droit des sûretés (Juin 2013/ juil. 2014), D. 2014 p.1610 ;

CROCQ (P.), Droit des sûretés (Juil. 2005/ sept. 2006), D. 2006 p.2855 ;

CROCQ (P.), Droit des sûretés, D. 2007 p.42 ;

DAMMANN (R.) et Le BEUZE (G.), Réforme des sûretés et des procédures collectives : Quelle sûretés choisir ?, Cahiers de droit de l'entreprise n°2, mars 2007, dossier 9 ;

DAMMANN (R.), La réforme des sûretés mobilières : Une occasion manquée, D. 2006 p.1298 ;

DAMMANN (R.), Réflexion sur la réforme du droit des sûretés au regard du droit des procédures collectives : pour une attractivité retrouvée du gage, D. 2005 p.2447 ;

DECKON (H. K.), AGBENOTO (M. K.), *Redressement judiciaire concordat de redressement*, in POUGOUE (P. G.), (dir), *Encyclopédie de Droit OHADA*, Lamy 2011, pp.1452-1478 ;

DECKON (H. K.), *Règlement préventif*, in POUGOUE (P. G.), (dir), *Encyclopédie de Droit OHADA*, Lamy 2011, pp.1546-1565 ;

DERRIDA (F.), La caution bénéficie de l'arrêt du cours des intérêts à l'ouverture du redressement judiciaire du débiteur, D. 1991 p.112 ;

DIALLO (B.), Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées in Dr et Patr. n° 253, p. 44 HENRY (L. -C.), Le droit international de l'Acte uniforme OHADA in Dr et Patr. n° 253, déc. 2015, p. 49 ;

DIALLO (M.), *Contribution au diagnostic des difficultés d'application par les établissements financiers du nouvel Acte uniforme sur le droit des sûretés*, Revue de l'ERSUMA, n°02, mars 2013, www.ohada.com ;

DIARRAH (B. S.), *Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Commentaires introductifs*, Revue de droit uniforme africain/Actualité Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence, n°05, 2011.

DIOGBENOU (J.), La cause dans les contrats conclus sur le fondement des actes uniformes de l'OHADA, Pénant n°867, p.133, Ohadata D-09-46, 32p. ;

DROSS (W.) et FORTIS (V.), La titrisation des créances en droit comparé : Contribution à l'étude de la propriété préface E. Savaux, LGDJ, coll. Fondation varenne, t.59.2012. RTD civ. 2014 p.215 ;

DROSS (W.), L'obligation réelle peut-elle se concevoir indépendamment du service d'un droit réel démembré ?, RTD civ., 2014 p.684 ;

DROSS (W.), L'exception d'inexécution : essai de généralisation, RTD civ. 2014 p.01 ;

DUPICHOT (P.), L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles, www.google.com ;

DUPICHOT (P.), L'efficacité économique du droit des sûretés réelles, www.google.com ;

DUPICHOT (Ph.), La réforme du régime hypothécaire, D. 2006 p.1291 ;

D'AVOUT (L.), Démembrement de la propriété, perpétuité et liberté, D. 2012 p.1934 ;

FENEON (A.), *La réforme du droit OHADA des sûretés, Quelles conséquences sur les banques et les établissements de crédits*, mai 2011, www.ohada.org ;

FILLE-LAMBIE (O.), MARCEAU-COTTE (A.), *Les sûretés sur les meubles incorporels*, Dr et Patr, n° 197, p.66, Ohada.com/Ohadata D- 10-62 ;

FANCOIS (J.), Le problème de la nature juridique du concordat Caution- débiteur, doc2 in NDOYE (D.), Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel, EDJA, n°22, Ohadata D-06-41 ;

FENEON (A.), Des mandataires judiciaires mieux encadrés, pour une procédure plus efficace in Dr et Patr. n° 253, déc. 2015, p. 65 ;

FRANCOIS (J.), Le problème de la nature juridique du contrat caution- débiteur, D. 2001 p.2580 ;

GALLOIS (A.), Quelle proportionnalité pour les sûretés réelles ? D. 2010 p.335 ;

GARREAU (C.), La saisie attribution, la procédure collective et la date de naissance des créances contractuelles. A propos de l'étendue des effets d'une saisie attribution pratiquée avant l'ouverture de la procédure collective sur les créances à exécution successive du débiteur, RTD com. 2004 p.413 ;

GAUTIER (P.-Y.), Le syndic non remboursé de ses avances (suite) : La leçon de Poithier et Troplong sur la question d'affaires, RTD civ., 2014 p.139 ;

GATSI (J.), Le recouvrement des créances bancaires en droit OHADA, Ohadata D-05-32 ; 23 p. ;

GOUT (O.), Quel droit commun pour les sûretés réelles ?, RTD civ. 2013 p.255 ;

GRIMALDI (M.), *Projet de réforme des sûretés en France*, 2003, www.google.com ;

GRIMALDI (M.), *L'Acte uniforme portant organisation des sûretés*, in les Petites Affiches, le Quotidien Juridique, n°205, p.30 ;

GRIMALDI (M.), L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire, D. 2006 p.1294 ;

GRIMALDI (M.) et DAMMANN (R.), La fiducie sur ordonnances, D. 2009 p.670 ;

GUYON (Y.), Conception stricte de la confusion des patrimoines, cause d'extension d'une procédure collective, Revue des sociétés, 2003 p.151 ;

GUYON (Y.), Conception stricte de la confusion des patrimoines, cause d'extension d'une procédure collective, Revue des sociétés, 2003 p.151 ;

HEBERT (S.), Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006, D. 2007 p.2052 ;

HENRY (L.-C.), Droit des entreprises en difficulté : modification législatives encore et toujours ? Revue des sociétés 2015 p.758 ; Du même auteur, La cessation des paiements : date unique mais à usage multiple, Revue des sociétés 2014 p.751 ; Nullité de la période suspecte et droit européen : première interprétation de l'art. 13 du règlement n°1346/2000 relative aux procédures d'insolvabilité, Revue des sociétés 2015 p.762 ;

HONORAT (A.), La continuation des contrats en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective n'est édictée que dans l'intérêt de l'entreprise en redressement ou en liquidation judiciaire, D. 1996 p.283 ;

HONORAT (A.), Faute d'un liquidateur envers un vendeur de matériel avec clause de réserve de propriété, Recueil Dalloz 1995 p.26 ;

HONORAT (A.), Le paiement effectué avant l'ouverture de la procédure collective en vertu d'une décision statuant sur le fond, exécutoire sur provision éteint la créance et le créancier n'est pas soumis à l'obligation de la déclarer, D. 1995 p.258 ;

HONORAT (A.), Recevabilité d'un créancier à exercer l'action paulienne contre un débiteur en redressement judiciaire, D. 1997 p.78 ;

HOUIN –BRESSAND (C.), Les immeubles grevées, Revue des procédures collectives n°2, mars 2015, dossier 27 ;

HOUIN –BRESSAND (C.) et PEROCHON (F.), Quelle efficacité pour l'hypothèque unique dans le droit des procédures collectives ? Revue de Droit bancaire et financier n°2, mars 2016, dossier 16 ;

ISSA-SAYEGH (J.), La distribution du prix des biens du débiteur entre ses créanciers en droit sénégalais, Revue EDJA, n°14 du 25 avr. 1990, pp.03 et s. ;

ISSA-SAYEGH (J.), Présentation des dispositions sur les procédures collectives d'apurement du passif, Ohadata D-06-07 ;

ISSA-SAYEGH (J.), Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté Droit Ohada, Ohadata D-09-41, 21 p. ;

ISSA-SAYEGH (J.), Commentaire de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, Ohadata D-07-20, 89 p. ;

ISSA-SAYEGH (J.), La liberté contractuelle dans le droit des sûretés, Ohadata D-05-06, 25 p. ;

ISSA-SAYEGH (J.), La mise en gage des comptes bancaires, Ohadata D-05-29 ;

ISSA-SAYEGH (J.), Le gage sur créances de sommes d'argent, Ohadata D-02-18 ;

ISSA-SAYEGH (J.), Le nouveau droit des garanties de l'OHADA, Ohadata D-05-15 ;

JAMES (J. C.), *Liquidation des biens dans le droit OHADA des procédures collectives*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy 2011, pp.1104-1117 ;

JOHNSON (F.-K.-A.), Comment sauvegarder vos intérêts lorsqu'une procédure collective est ouverte contre votre débiteur, FLASH n°01 de la Revue Experts Associés, n°4, oct. 2005, Ohadata D-05-59 ;

JUILLET (Ch.), Les sûretés réelles en quête de droit commun, RD banc.fin. 2014, Dossier 33 à 43 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), Réflexions sur les nouveaux attributs du droit de propriété : A propos de la propriété utilisée aux fins de garantie des crédits, Annales de la FSJP de l'Université de Dschang, Tome I, Vol. 1, 1997, pp. 193-205 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *La propriété retenue ou cédée à titre de garantie*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, pp. 1443-1450 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Le gage*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, pp. 886-895 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Hypothèque*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, pp. 917-935 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), De la fongibilité des immeubles, P. A : le quotidien juridique, n°207, oct. 2001, pp. 5-13 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Notion de procédures collectives* in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, p. 1247-1263 ;

KALIEU ELONGO (Y. R.), *Organe des procédures collectives* in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, p. 1295-1314 ;

KANE EBANGA (P.), La nature juridique du concordat du redressement judiciaire dans le droit des affaires, juris n°50, p.109, Ohadata D-08-23 ;

KANTE (A.), Réflexion sur le principe d'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (OHADA), revue EDJA n°52, janv.-mars 2002 ;

KENFACK (D. G.), *Les nouvelles sûretés introduites dans l'Acte uniforme sur les sûretés adopté le 15 décembre 2010*, Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires- pratique professionnelle, Numéro Spécial Nov-Déc 2011, www.ersuma.org ;

KONATE (M.), Le redressement et la liquidation mieux encadrés et plus rapides in Dr et Patr. n° 253, déc. 2015, p. 39 ;

LAISNEY (L. J.), *Vers un nouveau droit de gage OHADA*, Dr et Patr, n°197 p. 66, www.Ohada.com ;

LARROUMET (Ch.), Gage espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation, D. 1996 p.399 ;

LECAT (J. J.) ; MARLY (P.), *Le nouveau droit OHADA des sûretés*, Ed. Francis Lefebvre, Mémento, juin 2011, www.cms-bfl.com/hubbard.../droit-ohada-dessûretés ;

LE CORRE-BROLY (E.), Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours, D. 2009 p.663 ;

LEGEAIS (D.), *Nantissement de Créance*, JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, Fasc.770, 2008 ;

LEGEAIS (D.), La réforme du droit des sûretés ou l'art de mal légiférer, Mélanges, P. SIMLER, 2006, Dalloz Litec ;

LEDEAIS (D.), Cession de créance à titre de garantie, recours du cessionnaire contre le cédant (Com. 30 juin 2015, n°14-13.784), D. 2015.1484 ;

LIENHARD (A.), Clause de réserve de propriété, revendication du prix de revente, factor subrogé : Classique mais délicat conflit, D. 2001 p.2597 ;

LIENHARD (A.), Le cautionnement ne peut faire l'objet d'une cession forcée au profit du repreneur, D. 2001 p.2595 ;

LIENHARD (A.), Portée de la date de cessation des paiements retenue par le jugement d'ouverture dans une instance ultérieure en résolution d'une cession de parts sociales, D. 2001 p.2599 ;

LIKIL LIMBA (G. A.), *L'agent des sûretés OHADA*, Revue de l'ERSUMA: Droit des affaires-pratique professionnelle, Numéro Spécial nov-déc 2011, www.ersuma.org ; *L'agent des sûretés en droit OHADA*, RTD.com 2012, p.475.

LIONEL (S. M), La sécurisation des moyens de paiement dans la zone CEMAC, Ohadata D-10-08, www.ohada.com ;

LOHOUES-OBLE (J.), Le traité OHADA, 5 ans après, Ohadata D-03-06, 31p. ;

LUCAS (F. -X.), L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, Revue des procédures collectives n°6, nov. 2009, dossier 17 ;

MACORIG -VENIER (F.), Les créanciers et leurs garanties, Revues des procédures collectives n°6, nov. 2015, dossier 53 ;

MANDESSI BELL (E.), La caducité d'une hypothèque pour non renouvellement de l'inscription hypothécaire, peut-elle être invoquée dans tous les pays de la zone OHADA pour faire échec à une procédure de saisie immobilière ?, Ohadata D-09-52, 20 p. ;

MARTIN (D. R.) et ANDREU (L.), Liberté contractuelle et droit réels : coll. « Colloques et Essais » Institut Universitaire Varenne, 296p. RTD civ., 2016 p.221 ;

MARTIN (D.-R.) et SYNDET (H.), Droit bancaire, janv.2011- déc.2011, D. 2012 p.1908 ;

MARTIN-SERF (A.), Créancier de l'art.40 contrat poursuivi après le jugement d'ouverture, pénalité de retard, RTD com. 2001 p.233 ;

MARTIN-SERF (A.), Pension alimentaire, liquidation judiciaire du débiteur, arriéré, obligation de déclaration, pensions échues postérieure au jugement d'ouverture art.40-5°, RTD com. 2001 p.235 ;

MASSAMBA (J. E.), Les entreprises en difficultés : Quelle solution ? Bulletin OHADA, n°2, oct.-nov. 2000, p.6 ;

MBAYE. (K.), *L'histoire et les objectifs de l'OHADA*, in les Petites Affiches, le Quotidien Juridique, 2004, n°205 ;

MBAYE (M. N.), Réflexion sur la nature du concordat préventif en droit OHADA, Ohadata D-09-40 ;

MERCADAL (B.), Sur la valeur du droit de l'OHADA, www.institut-idef.org ;

MESTRE (J.), Regards contractuels sur l'OHADA, Ohadata D-10-14

MEYER (P.), La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA, Ohadata D-06-50, Pénant n°855, p.151 ;

MIENDJIEM (I. L.), *Régime*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, pp. 716-724 ;

MONTERAN (Th.), La réforme de la prévention des difficultés, D. 2009 p.639 ;

NABET (P.), Pour un agent des sûretés efficace en droit français ou comment donner un effet utile à l'art.2328-1 du Code civil, D. 2012 p.1901 ;

NANDJIP MONEYANG (S.), Réflexion sur l'égalité des créanciers dans les procédures collectives OHADA, Revue des procédures collectives n°4, juil. 2010, étude 22 ;

NDOYE (D.), Le traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, la constitution sénégalaise et les principes du droit processuel, EDJA, n°22, Ohadata D-06-41 ;

NENINTEDEM (J.-C.), Le bail commercial à l'aune du droit OHADA des entreprises en difficulté, Revue de droit uniforme, UNIDROIT, NS vol. XIV/2009, p.181, Ohadata D-10-26, 23p. ;

NGUITHI KANTE (P.), Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, Pénant, n°828, janv. – avr. 2002 ;

NGUIHE KANTE (P.), Réflexion sur la notion d'entreprise en difficulté dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif OHADA, www.google.com ;

NGUIHE KANTE (P.), Réflexion sur le régime juridique de dissolution et de liquidation des entreprises publiques et para publique au Cameroun depuis la réforme des procédures collectives OHADA, Afrilex n°04, www.afrilex.u-bordeaux4.fr ;

NJEUFACK (T. R.), *Réflexion sur les procédés alternatifs de réalisations des sûretés réelles conventionnelles en droit OHADA*, Revue de la recherche juridique 2012, E2, 25 pages ;

PAISANT (G.), Conjoint d'un commerçant en cours de redressement judiciaire (C. Com. Art. L 621-1 et s.) peut-il obtenir le bénéfice d'une procédure de traitement de sa situation personnelle de surendettement (C. consom. L 331-1 et s.) ? RTD com. 2001 p.251 ;

PEROCHON (F.), Cession d'entreprise, redressement et liquidation, www.google.com ;

PEROCHON (F.), EIRL : Un patrimoine peut en garantir un autre. – la validité des sûretés constituées au titre d'un patrimoine de l'EIRL en garantie des dettes de l'autre patrimoine, Revue des procédures collectives n°02, mars 2011, dossier 25 ;

PEROCHON (F.), Les interdictions de paiement et traitement des sûretés réelles, D. 2009 p.651 ;

PIEDELIEVRE (S.), Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés : Une avancée sur la voie de la modernisation, AJDI, 2006. 346 ;

PIEDELIEVRE (S.), Caractère temporaire du nantissement de créances professionnelles, D. 2000 p.392 ;

PIEDELIEVRE (S.), Domaine et efficacité du droit de rétention en cas de procédure collective, D. 2001 p.465 ;

PIEDELIEVRE (S.), Le cautionnement réel n'est pas une sûreté personnelle, D. 2000 p.394 ;

PIEDELIEVRE (S.), Le constructeur d'un immeuble ne bénéficie pas d'un droit de rétention sur celui-ci, D. 2000 p.393 ;

PIEDELIEVRE (S.), Validation de la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèce par le créancier contenu dans un pacte comissoire, D. 1996 p.385 ;

PIEDELIEVRE (S.), Validation de la sûreté réelle consentie par une société fictive, D. 2000 p.389 ;

PIEDELIEVRE (S.), Warrant agricole : Paralysie du droit de suite du créancier, D. 2000 p.391 ;

PIEDELIEVRE (S.), Les obstacles à la demande d'attribution judiciaire de titres nantis, D. 2000 p.391 ;

PIEDELIEVRE (S.), Un droit de rétention accessoire au privilège du commissionnaire, D. 2000 p.388 ;

PUTMAN (E.) et STANCZAK (R.), Les promesses de payer. Essai de théorie générale, Thèse Tours, nov.2015, dir. Nicolas Cayrol.473p, RTD civ., 2016 p.231 ;

RONTCHEVSKY (N.), Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n°2006-346 du mars 2006, D. 2006 p.1303 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Caution en redressement judiciaire et arrêt du cours des intérêts, Revue des sociétés 2011 p.194 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Publicité d'un contrat de vente immobilière et déclaration de créances, Revue des sociétés 2014 p.756 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Clause de réserve de propriété et biens fongibles, Revue des procédures collectives n°5, sept. 2010, comm. 175 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.) et PEROCHON (F.), Sûretés et droit des procédures collectives, le couple infernal, Revue des procédures collectives n°1, janv. 2016, dossier 12 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), et ROSSI (P.), Un nouveau droit des entreprises en difficulté plus efficace et plus équilibré, *Revue des procédures collectives* n°4, juil. 2014, dossier 26 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), L'OHADA : L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, *Revue des procédures collectives* n°6, nov. 2013, dossier 50 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Contrat de crédit-bail et liquidation judiciaire, *Revue des procédures collectives* n°6, nov. 2009, comm. 163 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Les sûretés réelles et Droit des entreprises en difficulté, *Revue de Droit bancaire et financier* n°5, sept. 2014, dossier 38 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), La procédure de sauvegarde. -Quand et pourquoi se mettre sous la protection de la justice, *la Semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°40, 05 oct. 2006, 2437 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Le droit des entreprises en difficulté, terre de conflits, terre de rencontres, *la Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n°30-34, 27 juil. 2012, act. 748 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Les privilèges de procédure, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°4, juil. 2009, dossier 24 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Sûretés et procédures collectives, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°4, juil. 2009, dossier 19 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), Les débiteurs dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité, in *Dr et patr.* N°253, déc. 2015, p. 55 ;

ROUSSEL GALLE (Ph.), et SENECHAL (M.), Créancier d'une entreprise en difficulté, une situation moins confortable ?, *Cahiers de droit de l'entreprise* n°2, mars 2007, dossier 08 ;

SAENKO (L.), Réserve de propriété et privilège : Quand une sûreté en chasse une autre, *D.* 2014. 187 ;

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Plan de continuation, ouverture d'une nouvelle procédure collective en cas de cessation des paiements (Avis de la C. cassation du 10 juil. 2000, n°02020008p. *D.*2000.404, obs. A. LIENHARD), *RTD com.*2001 p.219 ;

SAKHO (M.), *Le nouvel Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : Propos introductifs autour d'une refonte d'envergure du droit des sûretés*, *Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires – Pratique Professionnelle, Numéro Spécial - Novembre/Décembre 2011, Législation*, www.ersuma.org ;

SAMB (M.), *La révision des sûretés personnelles en Droit OHADA, Commentaires introductifs*, *Revue de Droit Uniforme Africain/Actualité Trimestrielle de Droit et de Jurisprudence*, n°05, 2011, ohada.com ;

SAMB (M.), *Droit de rétention* MIENDJIE (I. L.), *Nantissement*, in POUGOUE (P. -G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, éd. Lamy 2011, pp. 1131-1174 ;

SAWADOGO (F. M.), *Effet de l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur*, in POUGOUE (P. G.), (dir), *Encyclopédie du Droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 752-772 ;

SAWADOGO (F. M.), *Cessation des paiements*, in POUGOUE (P. G.), (dir), *Encyclopédie de Droit OHADA*, Lamy 2011, pp. 520-526 ;

SAWADOGO (M. F), *L'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives OHADA*, Programme de formation en ligne avec le soutien du fonds francophone des inforoutes, www.ohada.com ;

SAWADOGO (F. M.), *Les procédures de prévention dans l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives révisé : la conciliation et le règlement préventif* in Dr et Patr. n°253, déc. 2015, p. 32 ;

SCHILLER (S.), *Pactes d'actionnaire et droit des entreprises en difficulté*, *Revue des sociétés* 2016 p.75 ;

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.), *Droit des sûretés*, *La semaine juridique éd. Générale* n°22, 30 mai 2007, I 158, 23 p. ;

SOUHAMI (J.), *Retour sur le principe d'indivisibilité des sûretés réelles*, *RTD civ.*, 2008 p.27 ;

SOUOP (S.), *La réalisation des garanties mission impossible ?*, *Ohadata D-08-11*, www.ohada.com ;

SOUPGUI (E.), *La protection du créancier réservataire contre les difficultés des entreprises dans l'espace juridique OHADA*, *Revue des procédures collectives* n°5, sept. 2009, étude 28 ;

TAMEGHE (S. S. K.), *La stratégie de protection du logement dans le système OHADA des voies d'exécution*, *Mélanges africains, organisation africaine, Etude doctrinales, OHADA-UEMOA*, p.173, *Ohadata D-10-34 ? l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)*, www.google.com ;

TOE (S.), *Aperçu pratique des finalités de la procédure collective dans l'espace OHADA*, *Revue de droit uniforme africain, Actualité trimestrielle de droit et de jurisprudence* n°001 juin 2010, pp37-50, www.ohada.com ;

VALLANSAN (J.), *La réserve de propriété une sûreté réelle pas comme les autres*, *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales* n°18, nov. 2013, alerte 268 ;

VALIENS (J.-L.), Après la clôture de la liquidation judiciaire, le débiteur peut recouvrer une créance antérieure, RTD com. 2001 p.243 ;

VALLENS (J.-L.), Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : Vers l'harmonisation du droit de la faillite ?, D. 2004 p.2420 ;

VERMEILLE (S.) et BEZERT (A.), Sortir de l'impasse grâce à l'analyse économique du droit : Comment rendre à la fois le droit des sûretés réelles et le droit des entreprises en difficulté efficace ?, Droit et Croissance, www.google.com ;

VERMELLE (S.) et BESERT (A.), L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives, D. 2014 p.289 ;

ZENATI (F.), Imprescriptibilité du droit de la propriété, RTD civ., 1996 p.653 ;

F. JURISPRUDENCES

Cass. civ. 20 déc. 2017, n°16-24.020., RTD Com. 2018 p. 185, Obs. B. BOULOC;

CCJA Arrêt n°084/2016, du 28 avril 2016, Aff Société SIEMENS c/ SARITEL, www.ohada.com ;

Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-15.778, FS P+B: JurisData n° 2016-002522; Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-13.945, FS P+B: JurisData n° 2016-002518; Cass. 2^e civ., 18 févr. 2016, n° 15-13.991, FS P+B: JurisData n° 2016-002521, JCP G 2016, n°15, note PIEDELIEVRE (St.);

Cass. com. 29 nov. 2016, n° 15-12. 350, D. 2016, Chron. 2462, Obs. LIENHARD (A.);

Cass. com. 29 nov. 2016, n° 15-12.350, Rev. sociétés 2017. 180;

Cass. com. 02 nov. 2016, n°15-12.491, D. 2016, Actu.2212;

Cass. com. 30 juin 2015, n°14-13.783, D. 2015, Chron. 1484;

Cass. com., 16 juin 2015, n°13-27.736, RTD Com. 2015. 745, Obs. MARTIN-SERF (A.);

Cass. civ. 1^{ère}, 10 sept. 2015, n°14-20.917, RTD civ., 2015 p.897, Obs. GAUTIER (P.-Y.) ;

T. mixte com. Saint-Pierre, 1^{er} mars 2016, n° 2015/003678, *Baidjibay Distribution c/ Selarl Hirou es qual.*, D. 2016. 1185 , note BOUSTANI (D.);

CCJA, Ass. Plén., Arrêt n° 059/2015 du 27 avril 2015 ; Pourvoi n°005/2013/PC du 15 /01/2013, Ohadata J-16-59;

CCJA, Arrêt n°025/2013 du 18 avr. 2013, Ohada.com/Ohadata J-15-25;

Cass. com. 18 juin 2013, n° 12-20.615, D. 2013. Actu. 1616, obs. LIENHARD;

Cass. com., 15 oct. 2013, n°12625 993, F-D, Société CSF France c/Sté Usmania et a.: JurisData n°2013-022941;

Cass. com. 12 mars 2013, n°11-24. 729, D. 2013, Chron. 1249, Obs. LIENHARD (A.);

Cass. com. 17 déc. 2013, n°12-26 ;706, D. 2014. Chron.04;

Cass. com., 5 nov. 2013, n°12-25.765, F-PB : JurisData n°2013-024233, in D. 2013, Chron. 2638, Obs. LIENHARD (A.) ;

Cass. com. 30 oct. 2012, n° 11-22.836, D. 2012. Actu. 2593, obs. LIENHARD;

Cass. com., 10 mai 2012, n°11-17. 626, D. 2012, Chron. 1326, Obs. LIENHARD (A.)

Com. 18 sept. 2012, n° 11-21.058, Act. proc. coll. 2012, n° 235;

CCJA, Arrêt n° 032/2011 du 08 déc. 2011, aff Socalib C/ Collectif des travailleurs de la socalib;

Cass. com. 15 fév. 2011, n°09-71.487, Rev. Proc. Coll. 2012, n°03, p.30, Note STARS (O.) ;

RTD com. 2012 p.848, Note MARTIN-SERF (A.) ;

Cass. Com. 06 déc. 2011, n°10-19.959, Bull. Joly Entrep. diff. 2012, n°03, p. 162, Obs. HOUIN-BRESSAND;

Cass. com. 30 mars 2010, n°09-13.101, Rev. proc. coll. 2010. Comm. 177, note Pérochon;

Cass. com. 21 sept. 2010, D. 2010, Chron. 2220, Obs. DELPECH (X.);

Cass. civ. 06 mai 2009, pourvoi n°08-10.281, arrêt n°509 FS-P+B+I), RTD com. 2009 p.546, Obs. LOQUI (E.) ;

Cass. Civ. 24 sept. 2009, arrêt n°08-10. 152, (n°884 FS-P+B+1), D. 2010. 302;

Cass. com. 20 oct. 2009, n°08-18.233, D. 2009. Chron.2611;

Cass. com. 16 juin 2009, 2 arrêts, D. 2009, AJ 1752, Obs. LIENHARD (A.);

C.A Dakar, arrêt n°372 du 19 mai 2009, in OHADA Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope, 4^{ème} éd. 2012, p. 1230;

TGI Noun (Cameroun), Ordonnance du 20-02-2009 aff. N. D. c/ SEFN, Note Y. KALIEU, Ohadata J-09-241;

Cass. com. 15 avr. 2008, n° 07-10.174, Bull. civ. IV, n° 90 ; D. 2008;

Orléans ch. éco. et fin. 31 mai 2007, n°06/2141, M.J. c/BNP Paribas, RJDA 10/07 n°1000 et n° 1013), RTD com. 2008 p.49, Note SAINTOURENS (B.) ;

CCJA, arrêt n°022/2007 du 31 mai 2007, KINDA Augustin Joseph et Maître TE BIEGNAND André Marie c/ Dame KONE Fatoumata, Recueil de jurisprudence n°09, Janv./Juin 2007, p.49, le Juris Ohada, n°03/2007, p.31, Ohadata J-08-224 ;

Cass. com. 02 oct. 2007, n°06-14.343, D. 2007, AJ. 2604, Obs. DELPECH (X.);

Cass. com., 03 mai 2006, n°04-15.262, in RTD Civ. 2006, p.584, Obs. REVET (Th.);

Abidjan, arrêt n°971 du 18 nov. 2005, Sté SCIMI c/Sté DALYNA TRAVAIL Agency, Ohadata J-09-362;

Tribunal régional hors classe de Dakar, Jugement commercial n°135 du 11 mars 2005, Ohada.com/ Ohadata J-09-338;

TRH de Dakar, Ord. N°138, 11 -03-2005, Aff. SNR (Société Nationale de Recouvrement) C/ SONADIS, Ohada.com/ Ohadata J-09-326;

TRHC Dakar, jugement n°847 du 08 avril 2005 in *OHADA: Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, éd. 2015-2016, p. 1246;

Cass. com. 04 janv. 2005, Bull. civ. IV, n°01, D. 2005. p. 970, Obs. AYNES (A);

Cons. Const. 22 juill. 2005, n°2005-522 DC, J.O 27 juill., p. 12225 ; LPA 04 août 2005, p. 14, note SCHOETTL;

C.A Abidjan, 4^{ème} chambre civile et commerciale, arrêt n°971 du 18 nov. 2005, Ohada.com/ Ohadata J-09-362;

Cass. 1^{ère} civ., 29 sept. 2004, pourvoi n°02-16.754, arrêt n°1308, Fortis banque c/ Mancini, D. 2004. 2717 ; RTD com.2005 p.172, Obs. VALLENS (J.-L.) ;

Cass. com. 11 fév. 2004, caisse régionale de crédit agricole mutuel de l'Ajouet du Maine c/Hubert, pourvoi n°01-11.654, arrêt n°308FS-P+B, D.2004.567), RTD com. 2005 p.171, Note MARTIN-SERF (A.) ;

CCJA, arrêt n°21 du 17-06-2004 : SDV Côte d'Ivoire c/ Société RIAL TRADING ;

CCJA, arrêt n°030, 04-11-2004 : aff. Société GITMA c/ Société SAMEX, www.institut-idef.org ;

Cass. com. 05 mars 2004, RJDA 10/2004, n°1144;

C.A Ouagadougou, Arrêt n°52 du 16-04-2004 ch civ et com, (BATEC-SARLET Ent DRA-ES-SALAM c/SOSACO), Note B. DIALLO, Jurifis info, n° déc. 2010, p.12, Ohadata D-10-64 ;

Com. 28 avr. 2004, S.A. Banque San Paolo c/Sté calypso, pourvoi n°01-12.079FS-P+B, D. 2004.1527 ; RTD com. 2005 p.170 ;

Tribunal regional hors classe de Dakar, jugement commercial n°06 du 09 janv. 2004, affaires Iprès C/ Eurafricaines, Ohadata J-04-259;

CCJA, arrêt n°007 du 24-04-2003, Ohada.com/ Ohadata J-03-193;

Cass. com. 03 déc. 2003, n°731, RJDA 04/2004, n°451;

Com. 4 mars 2003, n° 00-11.952, Bull. civ. IV, n° 35; Act. proc. coll. 2003, n° 98, obs. REGNAULT-MOUTIER;

TRHC de Dakar, Ordonnance n°549/2003 du 09 mai 2003, Ohadata J-05-137;

Abidjan, 24- 10- 2003, n° 1164, KINDA AUGUSTIN JOSEPH C/ Mlle KONE Fatoumata, Ohadata J-03-337; Conakry, 01- 04- 2003, n°75, Bureau veritas C/ Rustal Trading Guinée, Ohadata J-03-105;

Abidjan, Arrêt n°92 du 31 janv. 2003, Affaire Dame Ghoussein Fadiga Malick ND c/ Sté Alliance Auto, in Ohadata J-03-226;

Conakry, 01- 04- 2003, n°75, Bureau veritas C/ Rustal Trading Guinée, Ohadata J-03-105;
TGI Bobo-Dioulasso, Ordonnance, de référé n°68 du 06 juin 2003, Ohada.com/Ohadata J-04-58 ;
CCJA arrêt n°016, du 27 -06-2002, Aff. Société Maregel c/ Sérigne Moustapha MBACKE ;
Cass. com. 05 févr. 2002, pourvoi n°98-18.018, arrêt n°338 FS-P, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine c/Froehlich, D. 2002. p.805, Obs. LIENHARD (A.);
C.A Abidjan, n°875, du 09 -07-2002, Aff/ Société VANSO Air Freight Import Export, Jhon Marques Gabriel KAKUMBA c/ ECOBANK, SGBCI et autres, Ohadata J-03-31;
TPI Cotonou, n°034/, 1^{ère} C. com., 21-10-2002: Sté AKPACA Sarl C/ Sté TRANS-OMAR, Ohadata J-04-404;
Com. 05 févr. 2002, Pourvoi n°98-18.018, Arrêt n°338 FS-P, Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine C/ Froehlich, D. 2002, p. 805;
C. S. Congo, chambre commerciale, Arrêt n°02/GSC.01, n°127 du 27/04/2001;
C.A Abidjan, arrêt n°321 du 07 -03-2000, Ohada.com/ Ohadata J-02-130;
Com. 14 mars 2000, n° 97-14.912, Bull. civ. IV, n° 57;
Cass com., du 29 mai 2001, RTD civ. 2001, p.930, Obs. CROCQ (P.);
C. S. Congo, Chambre commerciale, arrêt n°02/ GCS.01 du 27 /04/2001, in KALIEU ELONGO (Y. R) ;
Dakar, arrêt du 16 fév. 2001, MAREGEL c/ Sérigne Moustapha MBACKE, Ohadata J-02-165;
CA Dakar, arrêt n°153 du 9 sept. 2001, Obs. SAWADOGO in OHADA: Traité et actes uniformes commentés et annotés, Juriscope 2016;
T.R.H.C de Dakar, Ordonnance de distribution n°1447/2001 du 15 nov. 2001, Ohadata J-05-105;
Cass. com. 30 oct.2000, n°98-13205, arrêt n°1783, SCI Promenade d'auteuil c/ Chriqui et Mme Penet-Weiller ès qualité), RDT com. 2001 p.245, Note VALIENS (J.-L.) ;
Cass. com. 30 oct.2000. Geniteau c/ Crédit industriel de l'Ouest), RTD com. 2001 p.236, Note MARTIN-SERF (A.) ;
Cass. com. 04 janv.2000 Bull. civ. IV, n°4, p.03, JCP éd. E., 27 avr. 2000, n°17, obs. P.P.), RTD com. 2001 p.218, Note SAINT-ALARY-HOUIN (C.) ;
Cass. com. 04 juil.2000 Roux Delaere c/ Receveur principal des impôts de Nantes Nord-est (A. Douai, 2^{ème} ch. 19 sept. 2000, SA DIAC c/Me Soinnie es qualités), RTD com. 2001 p.228, Obs. MARTIN-SERF (A.) ;
Cass. com. 06 juin 2000, arrêt n°1248 FS-D, Moyrand, mandataire judiciaire c/Sulzer, mandataire judiciaire), RTD com. 2001 p.224, Obs. SAINT-ALARY-HOUIN (C.);

Abidjan, 07-03-2000, n°321, D.D c/SGBCI, Bull., Juris Ohada, n°01/2002, Ohadata J-02-130; v. Ohadata J-02-21, Obs. ISSA-SAYEGH;

Paris, 5^{ème} Ch, sect. A, 09 févr. 2000, Cah. D. aff. 2000, AJ., p. 200, Obs. LIENHARD (A.); Cass. com. 06 juil. 1999. Sutter c/Citibank international PLC, D.2000.395, Obs PIEDELIEVRE (S.) ; RTD com. 2001 p.230, Obs. MARTIN-SERF (A.) ;

Cass. com. 26 oct. 1999, M. et Mme A. MOREL c/ Caisse d'épargne et de prévoyance des pays du Hainaut, D. 1999. 93.), RTD com. 2001 p.226, Obs. MARTIN-SERF (A.) ;

Cass. com. 27 Oct. 1998, Arrêt n°1720 D et 1590 D in RTD Com. 1999, p.955;

Cass. com. 6 janv. 1998, Bull. civ. IV, n°08, D. Affaires 1998. 205;

Paris 08 sept. 1998, Me Ravise-Bés c/SARL Le grand carenage), RTD com.1998 p.836, Obs. DUBARRY (J. -C.) et LOQUI (E.) ;

Cass. com. 03 déc. 1996, Bull. civ. IV, n°301, RDBF, 1997. 37, Obs CAMPANA (M.-J.) et CALENDINI (J. -M.);

Cass. com. 11 oct. 1994, n°92-18.500, JCP E. 1995. I. 435, Obs. CABRILLAC (M.) et TETEL (Ph.);

Cass. com., 22 juin 1993, n° 91-13.307, Bull. civ. IV, n° 263, D. 1993. 186;

Cass. com. 16 avr.1991, soc. Movilab et autres c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel des alpes maritimes, RTD com. 1991 p.662, Obs. MARTIN-SERF (A.) ;

Toulouse, 14 janv. 1991, Rev. proc. coll. 1991. 297, Obs. SOINNE;

Cass. com. 06 mars 1990, n° 88-16.036, Bull. civ. IV, n° 67; RTD civ. 1991. 150, Obs. BANDRAC (M.);

G. SITES INTERNETS

- <http://www.dalloz.fr>
- [http:// www.kalieu-elongo.com](http://www.kalieu-elongo.com)
- <http://www.institut-IDEF.org>
- <http://www.ohada.com>
- <http://www.ohada.org>
- <http://www.ohadalegis.com>
- <http://www.ersuma.org>
- www.google.com
- www.theses.fr
- www.bib.umontreal.ca/papyrus

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
Titre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques	23
Chapitre I : La protection des créanciers munis de sûretés réelles classiques dans les procédures concordataires.....	24
Section I : La protection dans le concordat préventif	24
Paragraphe I : Le renforcement des droits des créanciers au moment de la formation du concordat préventif.....	24
A- L'implication renforcée des créanciers dans le projet du concordat préventif	25
B- La préservation des biens objets de sûretés réelles classiques.....	30
Paragraphe II : Le renforcement des droits des créanciers au moment de l'exécution du concordat préventif	34
A- L'introduction des organes de surveillance.....	35
B- La survie du droit de préférence	39
Section II : La protection dans le concordat de redressement.....	42
Paragraphe I : Le renforcement des pouvoirs des créanciers lors de la formation et du vote du concordat de redressement	43
A- La situation renforcée des créanciers lors de la formation du concordat de redressement	43
B- Le renforcement des droits des créanciers lors du vote du concordat de redressement	47
Paragraphe II : Le renforcement des pouvoirs des créanciers lors de l'homologation et de l'exécution du concordat.....	51
A- La prise en compte des intérêts des créanciers lors de l'homologation du concordat	51
B- La prise en compte des intérêts des créanciers lors de l'exécution du concordat	55
Chapitre II : La protection hors concordat	59
Section I : La protection lors de la cession d'actif de l'entreprise.....	59
Paragraphe I : La cession partielle d'actif	59
A- Le paiement du titulaire de sûreté réelle classique	59
B- La résolution de la cession au bénéfice du titulaire de sûreté réelle classique	63
Paragraphe II : La cession totale d'actif	66
A- L'affectation d'une quote-part du prix aux biens grevés	66
B- La purge de la sûreté réelle classique.....	70
Section II : La protection lors de la réalisation des biens objet de sûretés réelles classiques ..	74
Paragraphe I : Le possible remboursement	75

A- Le remboursement du titulaire de sûreté mobilière classique	75
B- Le remboursement du titulaire de sûreté immobilière	78
Paragraphe II : La possible poursuite individuelle	81
A- Le paiement en matière mobilière	82
B- Le paiement en matière immobilière	85
Conclusion du titre I	90
Titre II : La protection des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles	91
Chapitre I : L'opposabilité des droits des créanciers propriétaires à la procédure collective	92
Section I : L'absence du bien dans le patrimoine du débiteur en difficulté	92
Paragraphe I : La propriété du bien réservée	92
A- La clause de réserve de propriété, une sûreté de protection	93
B- La clause de réserve de propriété, une sûreté de satisfaction	96
Paragraphe II : La propriété du bien cédée (transférée)	100
A- La cession de créance à titre de garantie	100
B- Le transfert fiduciaire de somme d'argent	105
Section II : Le recul du formalisme dans la revendication	110
Paragraphe I : Le recul dans l'admission des actions en revendication	110
A- L'absence d'obligation de produire la créance	110
B- La décharge de la revendication	113
Paragraphe II : L'atténuation de l'assiette de la revendication	117
A- La possible revendication du bien se trouvant dans les mains du débiteur sans distinction de sa nature de sa nature	118
B- La possible revendication de l'équivalent en espèce des biens se trouvant dans les mains du débiteur	122
Chapitre II : L'opposabilité des droits des créanciers rétenteurs à la procédure collective	127
Section I : Le renforcement du droit des rétenteurs	127
Paragraphe I : La conservation de la sûreté par le rétenteur	127
A- L'analyse du concept de conservation	128
B- Le champ d'application de la conservation	131
Paragraphe II : L'absence d'assimilation au gage	134
A- L'interdiction de poursuite contre le débiteur	135
B- L'absence d'interdiction au paiement	138
Section II : La consécration d'un réel pouvoir de blocage	143
Paragraphe I : L'exclusivité du paiement	143
A- Le retrait contre paiement immédiat	143

B- Le retrait contre paiement intégral	148
Paragraphe II : L'absence de concours	152
A- L'absence de concours en dehors du plan de cession	152
B- L'absence de concours dans le plan de cession.....	157
Conclusion du titre II	160
Conclusion de la Première partie.....	162
Seconde partie: L'atteinte au paiement effectif des créanciers munis de sûretés réelles dans les procédures collectives	164
Titre I : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles classiques	165
Chapitre I : La primauté des créanciers antérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles	166
Section I : L'évitement de la cessation des paiements.....	166
Paragraphe I : Le traitement de faveur des créances nées lors de la conciliation	166
A- La précision du domaine des créances favorisées nées de la conciliation	167
B- La précision du régime des créances favorisées nées de la conciliation.....	172
Paragraphe II : Le traitement de faveur des créances nées lors du règlement préventif	177
A- L'instauration du privilège de <i>fresh money</i> au bénéfice desdites créances.....	177
B- L'instauration d'une priorité légale de paiement desdites créances	180
Section II : En raison de l'utilité de la créance.....	185
Paragraphe I : Les créanciers de salaires super privilégiés	186
A- L'introduction d'une priorité du paiement des superprivilèges de salaire	186
B- L'introduction d'une garantie du paiement des super privilèges de salaire.....	190
Paragraphe II : Les créanciers de la conservation des biens du débiteur	193
A- Le privilège de la conservation des biens du débiteur	193
B. La priorité du paiement des conservateurs des biens du débiteur	196
Chapitre II : La primauté des créanciers postérieurs privilégiés non munis de sûretés réelles conventionnelles	201
Section I : En raison de la finalité de la créance	201
Paragraphe I : Les créanciers de new money lors du redressement judiciaire	202
A- Le domaine du privilège de new money en redressement judiciaire	202
B- Le régime du privilège de new money en redressement judiciaire	206
Paragraphe II : Les créanciers des contrats maintenus lors du redressement judiciaire	214
A- La détermination du domaine des contrats maintenus en redressement judiciaire	214
B- La précision du régime des contrats maintenus en redressement judiciaire.....	217
Section II : En raison de l'utilité de la créance.....	221
Paragraphe I : Le privilège des frais de justice lors de la liquidation des biens	221

A- Le domaine des privilèges de frais de justice	222
B- Le régime des privilèges de frais de justice	225
Paragraphe II : Le privilège des frais de conservation lors de la liquidation des biens	229
A- La détermination des créances de la conservation	230
B- Le régime des créances de la conservation	233
Conclusion du titre I.....	238
Titre II : L'atteinte aux droits des créanciers munis de sûretés réelles nouvelles.....	239
Chapitre I : Les restrictions aux droits des créanciers propriétaires	240
Section I : Les restrictions relatives à la propriété réservée	240
Paragraphe I : Les restrictions relatives à la procédure de revendication.....	241
A- L'aménagement dans l'exercice de la revendication	241
B- L'inopposabilité du droit du propriétaire à la procédure collective.....	245
Paragraphe II : Les autres restrictions relatives à la réserve de propriété	249
A- Les restrictions tenant à l'assiette de la revendication	250
B- L'absence du droit de préférence du réservataire	254
Section II : Les restrictions relatives à la propriété cédée	257
Paragraphe I : Les restrictions tenant à la cession de créance à titre de garantie	257
A- L'absence d'acquisition de la propriété de la créance par le cessionnaire	258
B- L'absence de notification ou d'intervention du cédé à l'acte	261
Paragraphe II : Les restrictions tenant au transfert fiduciaire de somme d'argent	264
A- L'atteinte au droit de propriété du bénéficiaire	264
B- L'atteinte au droit de créance du bénéficiaire	269
Chapitre II : Les restrictions aux droits des créanciers rétenteurs	275
Section I : Le refus des droits d'un titulaire de droit réel	275
Paragraphe I : L'inexistence d'un droit de préférence	276
A- L'enlèvement du droit de préférence du rétenteur dans les procédures collectives	276
B- La diminution du droit de préférence du rétenteur, une nécessité dans les procédures collectives	279
Paragraphe II : L'inexistence d'un droit de suite du créancier rétenteur	282
A- L'absence de prérogative sur le bien dans les mains du tiers	282
B- L'absence de paiement du rétenteur	285
Section II : Le refus au rétenteur les actions d'un titulaire de droit réel	289
Paragraphe I : L'interdiction de la demande d'attribution du bien	289
A- L'interdiction de l'attribution judiciaire du bien	289
B- L'interdiction de l'attribution conventionnelle du bien au rétenteur	293

Paragraphe II : L'interdiction de la demande de vente du bien	297
A- L'absence d'assimilation du droit de rétention à une action en justice.....	298
B- L'absence d'assimilation du droit de rétention à une voie d'exécution	301
Conclusion du titre II	306
Conclusion de la Seconde partie.....	307
BIBLIOGRAPHIE	312

Résumé :

Le monde des affaires repose sur la confiance. Et c'est pour instaurer celle-ci que les dispensateurs de crédit font recours aux garanties, notamment les sûretés. Cependant, l'efficacité d'une telle pratique ne se mesure qu'en cas de défaillance du débiteur. D'ailleurs, quelle que soit la taille ou l'importance d'une entreprise, elle n'est jamais à l'abri des difficultés économiques ou financières pouvant aboutir à l'ouverture des procédures collectives. Donc, les acteurs du crédit utilisent des techniques de nature à renforcer leur droit de gage et se prémunir de l'insolvabilité. Parmi celles-ci figurent le recours à l'engagement d'une ou de plusieurs personnes et de l'utilisation des biens de nature à garantir la dette. La première est appelée garantie personnelle et la seconde, garantie réelle. Ces dernières, en l'occurrence, les sûretés réelles forment un sous-groupe qui repose sur la *summa divisio* de sûretés préférentielles (traditionnelles) et exclusives (nouvelles). Les unes sont munies d'un régime permettant d'affirmer en leur faveur, l'existence des mécanismes de paiement effectif. Les autres le sont encore davantage. Néanmoins, nous constatons que, pour des soucis de protection, des restrictions et certains privilèges tels que : les frais de justice, de conservation, les superprivilèges et les *new money* sont de nature à entacher leur droit de paiement effectif et prioritaire. Ainsi, bien qu'il existe, des mécanismes de protection permettant d'assurer l'efficacité des sûretés réelles, celles-ci demeurent soumises au droit des procédures collectives.

Mots-clés : Droit, entreprise, sûretés réelles, créanciers, procédures collectives.

Abstract:

The business world is based on trust. And it is to establish this that credit providers resort to collateral, including collateral. However, the effectiveness of such a practice is only measured in the event of default by the debtor. Moreover, regardless of the size or importance of a company, it is never immune to economic or financial difficulties that may lead to the opening of insolvency proceedings. Therefore, credit players use techniques that reinforce their right to pledge and guard against insolvency. These include the use of one or more persons and the use of debt-servicing assets. The first is called personal guarantee and the second, real guarantee. The latter, in this case, the real security rights form a subgroup that is based on the *summa divisio* of preferential (traditional) and exclusive (new) collateral. Some are provided with a regime to affirm in their favor, the existence of the mechanisms of actual payment. Others are even more so. Nevertheless, we note that, for protection concerns, restrictions and certain privileges such as: the costs of justice, conservation, superprivileges and *new money* are likely to taint their effective right of payment and priority. Thus, although there are protective mechanisms to ensure the effectiveness of real securities, they remain subject to the law of insolvency proceedings.