

LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE DROIT DES SÛRETÉS OHADA

par Joseph ISSA-SAYEGH,
Professeur

On a tendance à croire que le droit des sûretés est un droit d'ordre public totalement et strictement réglementé par la loi. Il est vrai que cette impression est accréditée par le fait que les sûretés rompent le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires posé par l'article 2093 du Code civil (rappelé par l'article 28 AUPSRVE) et qu'à ce titre, il faut donc veiller à ce qu'elles ne nuisent pas aux tiers au-delà de la mesure favorable qu'il convient d'accorder à ceux qui en sont titulaires.

Encore convient-il de se demander si cette rigueur est ou doit être de mise pour toutes les sûretés dans la mesure où celles-ci se divisent, selon leur source, en sûretés contractuelles, légales et judiciaires. La plupart des sûretés sont de nature contractuelle (gage, hypothèque, cautionnement, nantissement,...) et, à ce titre, relèvent ou devraient relever de la liberté contractuelle. Mais on observe que, de plus en plus, le législateur crée des sûretés légales ou judiciaires en faveur de créanciers qu'il juge dignes d'intérêt et de protection (privilèges mobiliers et immobiliers ; mesures conservatoires judiciaires) ; dès lors, n'est-il pas légitime que, animé de ce souci, il aille jusqu'au bout de sa logique protectionniste et use, à cet effet, de règles rigides ? Finalement, ne serait-il pas naturel que la liberté imprègne les sûretés contractuelles et épargne celles que la loi ou le juge accorde ?

En outre, il faut bien convenir que la panoplie des sûretés s'enrichit au fil des décennies, surtout avec la mondialisation du droit qui confronte les systèmes juridiques nationaux à ceux de bien d'autres pays qui proposent d'autres modèles de garanties (garantie à première demande ; crédit-bail ; clause de réserve de propriété,...). La tentation n'est-elle pas grande, pour les parties, de choisir, voire de créer des sûretés nouvelles en s'inspirant de la pratique du commerce international ?

Autre phénomène à prendre en considération : selon leurs intérêts, les parties sont enclines à se ménager des règles adoucissant leur sort ou renforçant leurs prérogatives. Le souci ou la tentation du créancier, surtout s'il est puissant dans le rapport contractuel, est de se réserver un droit de suite ou de réalisation facile à exercer sur le ou les biens que son débiteur lui a offerts en garantie. Il est, égale-

ment, de se réserver le meilleur rang de préférence possible par rapport aux autres créanciers chirographaires ou munis de sûretés.

Quant au débiteur, son inquiétude est de voir le montant de sa dette garantie prendre une importance qu'il ne maîtrise pas ou le terme de celle-ci fixé immuablement à son désavantage, faisant de lui un captif sans issue alors que son salut pourrait être dans le maintien d'un terme dont il est menacé de déchéance ou dans sa prorogation s'il n'est pas encore échu. Ou encore, son intérêt est, parfois, de substituer une sûreté plus douce que celle pesant initialement sur ses biens ?

C'est dire que le créancier comme le débiteur ont le plus grand intérêt à négocier leur sort respectif dans la sûreté qui les lie. En ont-ils la possibilité ? Peuvent-ils user de la liberté contractuelle en matière de sûretés et dans quelle mesure ?

La réponse à cette question doit être recherchée dans la double étape que les parties doivent franchir : lors du choix de la sûreté et lors de l'aménagement de celle qu'ils ont choisie. C'est pourquoi nous distinguerons :

- la liberté contractuelle dans le choix des sûretés ;
- la liberté contractuelle dans l'aménagement des sûretés.

I. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS LE CHOIX DES SÛRETÉS

Les parties ont-elles toute liberté pour choisir les sûretés qui leur conviennent ? Si le principe en est acquis pour les sûretés contractuelles qui sont, pour ainsi dire, à leur disposition (A), il paraît exclu pour celles qui leur sont imposées (B).

A. La liberté de choisir les sûretés contractuelles

Les sûretés contractuelles doivent être considérées, avant tout, comme des contrats spéciaux qui, comme tels, doivent être gouvernés par le double principe suivant : le droit pour les parties de choisir librement la sûreté qui leur convient le mieux (1) et la forme sous laquelle elles désirent la contracter (2). Ce principe joue-t-il pleinement sur ces deux plans ?

1. Le principe du libre choix des sûretés contractuelles

Les parties sont, en principe, libres de choisir la sûreté qui leur convient le mieux, en tenant compte de la composition du patrimoine du débiteur et des intérêts du créancier. Ainsi, si le patrimoine du débiteur est tel qu'il n'offre aucune garantie de solvabilité, c'est plutôt dans les sûretés personnelles (cautionnement, garantie à première

demande), c'est-à-dire dans l'adjonction du patrimoine d'un tiers à celui du débiteur principal que le créancier recherchera sa garantie. Si, au contraire, le patrimoine du débiteur est suffisamment important pour garantir sa solvabilité, c'est vers les sûretés réelles que, naturellement les parties se tourneront surtout si elles désirent entretenir la discrétion sur leurs relations d'affaires.

Or, le principe de la liberté contractuelle ne se manifeste pas de la même façon selon que les parties sont en présence des sûretés personnelles (a) ou réelles (b).

a. La liberté totale de choix en matière de sûretés personnelles

a-1. Les parties ont une totale liberté de choisir la sûreté personnelle qui leur convient le mieux. Elles peuvent choisir entre le cautionnement (garantie accessoire et subsidiaire) et la garantie à première demande ou toute autre garantie autonome. Tout dépend de la vigueur de la garantie qu'elles souhaitent mettre en place, la garantie à première demande étant exclusive de tout bénéfice des exceptions en faveur de la caution. C'est d'ailleurs dans le fait de pouvoir ou non soulever les exceptions inhérentes à la créance et au créancier que se trouve le critère de distinction entre les deux garanties personnelles.

a-2. Même lorsqu'elles optent pour le cautionnement, les parties peuvent l'assortir des modalités que la loi met à leur disposition : cautionnement simple ou solidaire ; certification de caution ; caution réelle,...

Il est vrai que la loi impose parfois le cautionnement pour protéger les personnes exposées à un danger de spoliation : en matière d'exécution provisoire ; de paiement d'un effet de commerce perdu ou volé ; en faveur de l'incapable placé sous tutelle et à la charge du tuteur... Même dans ces cas, si l'obligation de fournir caution est légale ou judiciaire et que le débiteur doit procurer la garantie, personne n'est obligé de se porter caution et la conclusion de la constitution de cette garantie reste une démarche contractuelle. En outre, le débiteur peut fournir une sûreté réelle de substitution.

a-3. Enfin, la liberté contractuelle se manifeste largement en matière de garanties autonomes par la création d'une gamme très étendue de telles sûretés (ducroire ; crédit documentaire ; lettres de crédit stand by...).

b. La liberté limitée de choisir les sûretés réelles

Les parties ont toute liberté pour choisir, parmi les sûretés réelles, celles qui conviennent le mieux aux intérêts du créancier et à la

composition du patrimoine du débiteur. Outre le fait qu'elles peuvent choisir une sûreté réelle mobilière ou immobilière, il peut se faire qu'elles aient, parfois, le choix entre deux sûretés différentes sur le même bien. Il en est ainsi, par exemple, des stocks : les parties peuvent fort bien concevoir sur un ensemble de biens meubles corporels et fongibles constituant un ensemble déterminé, soit le gage avec dépossession soit le nantissement.

A propos des choses corporelles, le choix entre le gage et le nantissement illustre aussi la liberté des parties, dans le respect, toutefois, du droit des sûretés. Ainsi, si elles choisissent le nantissement, elles peuvent fort bien opter pour le nantissement sans dépossession ou avec (en confiant les biens nantis au créancier ou à un tiers) alors qu'à l'inverse, si elles élisent le gage, elles ne peuvent faire abstraction de la dépossession. Pourquoi cette différence de sort ? Tout simplement parce que la dépossession est un élément d'achèvement de la constitution du gage entre les parties et d'opposabilité envers les tiers. Par contre, l'absence de dépossession qui caractérise le nantissement pour le distinguer du gage et le rendre opposable aux tiers (1) n'est pas commandée par la nature du bien engagé (droits sociaux ; véhicules automobiles ; matériels professionnels ; produits d'une exploitation agricole ou industrielle ; marchandises) mais par la possibilité d'imposer la dépossession du bien au débiteur sans dommage pour lui : si celui-ci souffre énormément de la dépossession, il est opportun qu'il garde celle-ci ; s'il peut la supporter, il peut accepter (contractuellement) de la perdre. L'important est que les formalités de publicité au registre du commerce et du crédit mobilier soient respectées pour obtenir l'opposabilité de la sûreté aux tiers.

Mais la liberté des parties de choisir les sûretés réelles est limitée par deux contraintes.

b-1. Les sûretés réelles sont en nombre limité

On ne peut constituer ou utiliser de sûretés réelles autres que celles prévues par la loi. Les parties ne peuvent donc créer des sûretés réelles nouvelles ; seule la loi peut le faire. Cela s'explique par le fait que les sûretés font partie des catégories juridiques rigides ou réelles (il en est ainsi des droits réels et des infractions pénales) qui ne sont pas extensibles par les parties ; seule la loi peut en créer de nouvelles.

Certes, on est tenté de citer, pour démentir cette affirmation, la création, par la pratique, de nouvelles sûretés que sont la clause de réserve de propriété, la vente à réméré et le crédit-bail qui sont nées de la pratique avant d'être consacrées législativement. En réalité, dans ces configurations, les parties n'ont fait qu'utiliser les techniques du droit des obligations et du transfert de propriété, en retar-

(1) C'est la publicité au RCCM qui en assure l'opposabilité.

dant celui-ci dans la réserve de propriété et le crédit-bail au profit du vendeur et en organisant son retour au vendeur dans le cas de la vente à réméré. Il s'agit plus de recours au droit commun des obligations ou de la vente que de véritables sûretés.

b-2. Les sûretés réelles sont calquées sur la nature des biens

Les sûretés réelles sont intimement et intrinsèquement liées à la nature du bien mobilier ou immobilier sur lequel elles portent. On ne peut créer une sûreté mobilière sur un immeuble et inversement. La distinction fondamentale (*summa divisio*) entre les biens meubles et immeubles commande, corrélativement, celle des sûretés (mobilières et immobilières). Les hypothèques ne peuvent porter que sur des biens immeubles et les gages et nantissements ne peuvent avoir pour objets que des biens meubles. C'est pourquoi, par exemple, il est interdit d'inclure dans le nantissement du fonds de commerce, des droits réels immobiliers soumis à publicité foncière (article 69-3 AUS) ou des meubles dans une hypothèque.

Il n'y a pas de *sûretés réelles mixtes*. Le seul cas de mixité est celui de la caution réelle qui combine une sûreté personnelle et une sûreté réelle. Encore qu'il est fait application, dans ce cas, de façon successive et séparée, des règles du cautionnement d'abord (la caution est-elle tenue du payer ?) et de la sûreté réelle ensuite (exercice du droit de suite et de préférence sur le bien donné en sûreté réelle en fonction de la nature de la sûreté : gage, hypothèque, nantissement,...) et, enfin, retour au droit du cautionnement (la caution est-elle tenue au-delà de la valeur de la réalisation du bien donné en sûreté réelle ? (Si celle-ci n'a pas désintéressé totalement le créancier.)

Toutefois, il peut advenir que certains biens meubles fassent l'objet d'hypothèques mais ce n'est qu'après avoir subi la conversion juridique en immeubles par destination ou incorporation en vertu de la règle «l'accessoire suit le principal» et cela, dans les conditions strictes prévues par la loi : identité de propriétaire du bien meuble et immeuble ; existence des liens de destination limitativement prévus et reconnus par la loi (articles 522 et suivants du Code civil). De même, si certains biens immobiliers deviennent mobiliers c'est en vertu de la mobilisation par anticipation (articles 520 et 521 du Code civil) qui permet de les considérer comme meubles, soit avant leur enlèvement hors du bien immobilier auquel ils sont rattachés physiquement, soit avant cueillette ou abattage (vente de récolte sur pied, de produits miniers avant extraction,...). Si la vente de ces choses mobilières par anticipation est possible, il n'est pas impossible de concevoir leur placement sous nantissement dans les mêmes conditions (mais non le gage qui suppose une remise du bien meuble gagé

au créancier ou à un tiers (2)). Pour illustrer cette opinion, on fera remarquer que la saisie conservatoire des récoltes sur pied est possible en anticipant (conventionnellement) sur leur état futur - mais proche - de leur mobilisation après leur moisson (articles 147 à 152 AUPSRVE). Certes, la saisie conservatoire est moins avantageuse qu'un nantissement puisque celle-ci peut être initiée par plusieurs créanciers successivement qui viendront en concours lors de la distribution du prix tandis que celui-là confèrera au premier créancier nanti un droit de préférence par rapport aux suivants mais le temps n'est peut-être pas loin où la pratique, par son inventivité et son obstination, imposera le nantissement des récoltes sur pied par analogie avec ce qui est permis pour leur saisie conservatoire (3).

Une pratique douteuse (4) doit être signalée à propos des «permis d'habiter, d'occuper ou d'exploiter» accordés par la puissance publique aux personnes physiques ou morales sur le domaine national (5) en vue de la création future d'un titre foncier. Elle consiste à créer une hypothèque sur de tels droits. Cette pratique nous paraît irrégulière et inefficace. En effet, ces titres ne peuvent être considérés comme conférant des droits réels immobiliers susceptibles d'être hypothéqués puisqu'ils ne sont pas prévus par la loi comme tels (cf., par exemple, l'article 20 du décret du 26 juillet 1932 (6) ou tous textes d'organisation foncière subséquent). A supposer qu'ils puissent, dans le futur, devenir des droits réels, ils ne peuvent le devenir que si leur titulaire obtient d'abord, un titre foncier. L'hypothèque n'est possible que sur un immeuble immatriculé. Pour éviter ces errements et ces déboires, le décret foncier du 26 juillet 1932 (article 154), confirmé par l'article 119 AUS et l'article 253 AUPSRVE, a prévu une prise d'hypothèque en cours d'immatriculation (article 154 du décret de 1932 et article 119 AUS) et la possibilité pour le créancier poursuivant la vente forcée d'un immeuble non encore immatriculé de procéder à cette immatriculation en obtenant une autorisation judiciaire ; on peut en déduire que, par convention, il peut obtenir une telle autorisation.

Toujours sur ce même plan, l'AUS et l'AUPSRVE ont prévu, l'un la possibilité d'immatriculer les immeubles portant des impenses, de les faire vendre, au besoin sans que les praticiens cessent de les

(2) Bien qu'un gage constitué sur des récoltes encore sur pied puisse être considéré que comme une promesse de gage à parfaire par le transfert de la possession au créancier ou à un tiers, exposant cette sûreté, jusqu'à ce moment là, à l'opposition aux tiers.

(3) Le mieux serait encore que le législateur le prévoie et l'organise.

(4) Elle sévit dans la plupart des Etats membres de l'OHADA pour ne pas dire tous, mais elle est surtout perceptible dans la zone occidentale.

(5) Nous employons cette expression par commodité en lui faisant couvrir toutes autres expressions spécifiques équivalentes.

(6) Ces droits réels sont : le droit de propriété ; la nue propriété ; l'usufruit ; le droit de superficie ; le bail emphytéotique,...

considérer comme nantissables, c'est-à-dire comme des biens mobiliers. Dès lors, comment réaliser par la saisie immobilière des biens meubles nantis ? C'est l'incongruité à laquelle on aboutit parce que les Etats de l'espace OHADA répugnent ou tardent à faire immatriculer les terres sur lesquels ils accordent des permis d'habiter, d'occuper et d'exploiter, assortis du droit de réaliser des impenses susceptibles de faire l'objet de sûretés réelles, tout simplement par manque de réalisme dans le respect des catégories réelles.

1. La liberté de choisir la forme constitutive de la sûreté

Le principe de la liberté de forme n'est consacré expressément que pour le gage garantissant une créance égale ou inférieure à la somme permettant la preuve libre telle que cette somme est déterminée par chaque loi nationale (article 49, alinéa 2 AUS (7)). Dans le silence de la loi on hésite à étendre cette exception aux autres sûretés réelles contractuelles, qu'elles soient personnelles ou réelles. Mais l'hypothèse de sûretés constituées pour de faibles sommes est si rare et de si peu d'importance sur le plan pratique pour l'économie nationale que cette extension et le débat à son sujet n'offrent aucun intérêt.

Bien que le principe soit celui de la liberté de choix entre la forme (écrite ou orale) en matière contractuelle, la forme écrite s'impose pratiquement pour trois raisons :

- l'écrit est le seul moyen de recueillir le consentement exprès du débiteur ou de son garant de constituer une sûreté ; il sert donc de preuve entre les parties pour constater un engagement important ;
- l'écrit permet de qualifier très exactement la sûreté choisie par les parties, d'identifier la créance garantie et le bien affecté à la garantie ;
- l'écrit seul permet la publicité de la sûreté pour la rendre opposable aux tiers qui vont devoir en souffrir.

a. Nature de l'écrit

Ceci étant précisé, l'AUS n'impose pas une forme écrite particulière et il est indifférent qu'il s'agisse d'un acte sous seing privé ou d'un acte authentique.

Signalons, toutefois, qu'en matière d'hypothèque, si les parties choisissent l'acte sous seing privé, celui-ci doit être dressé suivant un modèle agréé par la conservation foncière (8). Cette disposition suggère quelques réflexions :

(7) «Toutefois, l'écrit n'est pas nécessaire dans les cas où la loi nationale de chaque Etat partie admet la liberté de preuve en raison du montant de l'obligation.»

(8) Article 124 alinéa 1^{er} AUS.

- chaque Etat partie doit prévoir un tel modèle dans son arsenal de droit foncier ; sinon, les parties doivent recourir à l'acte authentique ;

- ce modèle doit comporter les mentions obligatoires prévues par le droit foncier de chaque Etat partie pour la convention d'hypothèque.

b. Domaine d'application de l'écrit

L'exigence de l'écrit s'applique aussi bien aux sûretés personnelles qu'aux sûretés réelles.

b-1. La forme écrite s'impose aux sûretés personnelles (cautionnement ; lettre de garantie à première demande) dans la mesure où ces contrats doivent comporter des mentions obligatoires (voir infra) destinées à qualifier et préciser l'engagement de la caution ou du garant ou du contre-garant, sous peine de nullité (9). Cette exigence de l'écrit est destinée à constater le consentement exprès des parties, les informer complètement (surtout le débiteur) sur la nature et la portée de leurs engagements et, d'une certaine façon, renseigner les créanciers de la caution, du garant et du contre-garant.

Elle s'impose également aux sûretés réelles dans la mesure où de telles sûretés (hormis le droit de rétention) doivent, pour être opposables aux tiers, faire l'objet d'un enregistrement (gage) et/ou d'une inscription au Registre du commerce et du crédit mobilier (nantissement du fonds de commerce, des droits sociaux et des valeurs mobilières, du matériel professionnel et des véhicules automobiles, des stocks de matières premières et de marchandises).

c. Le contenu de l'écrit

L'écrit s'impose pour assurer la qualification juridique de la sûreté ainsi que la sincérité et l'étendue de la créance garantie vis-à-vis des tiers. A cet effet, la loi impose des *mentions obligatoires* que les parties peuvent compléter par des *mentions facultatives*.

c-1. **Les mentions obligatoires** sont destinées à faire ressortir les *éléments substantiels constitutifs et caractéristiques* de la sûreté choisie par les parties. Il s'agit, par ces mentions, d'indiquer la nature de la sûreté contractuelle, l'identité des parties, la cause, l'échéance et le montant de la créance garantie, l'assurance couvrant le bien. En principe, cette obligation est assortie, en cas d'omission ou

(9) Article 4, alinéa 1^{er} AUS pour le cautionnement ; article 30 AUS pour la garantie à première demande.

d'irrégularité, de la nullité. On aurait pu penser que la liste des mentions obligatoires et leur sanction (la nullité) est la même pour toutes les sûretés. Mais il n'en est pas ainsi.

Ainsi, alors que le législateur OHADA se montre tatillon pour les mentions obligatoires de la lettre de garantie (10) et leur sanction (la nullité), il n'est pas aussi exigeant pour le cautionnement (11).

On constate la même discordance en matière de sûretés réelles. Le législateur OHADA exige, à peine de nullité, six mentions essentielles constitutives communes à tous les nantissements (12), mais se montre plus souple pour le gage (13) sans raison particulière, ce qui autorise à dire que les mentions voulues communes pour les nantissements peuvent valoir, pour certaines, pour le gage également. Cette différence entre les deux catégories de sûretés réelles mobilières peut être comblée par le recours des parties aux mentions facultatives qui pourraient emprunter aux nantissements les mentions utiles pour le gage et pour tous les nantissements, par exemple celle de l'article 101 concernant l'assurance qui n'est prévue que pour les stocks (14).

(10) Article 30 AUS. Voici les mentions obligatoires, à peine de nullité : la dénomination de la lettre de garantie ou de contre-garantie à première demande ; le nom du donneur d'ordre ; le nom du bénéficiaire ; le nom du garant ou du contre-garant ; la convention de base, l'action ou le fait, cause de l'émission de la garantie ; le montant maximal de la somme garantie ; la date d'expiration ou le fait entraînant l'expiration de la garantie ; les conditions de la demande de paiement ; l'impossibilité pour le garant ou le contre-garant de bénéficier des exceptions de la caution.

(11) Article 4 AUS : seuls y sont prévus l'écrit et la mention de la somme maximale garantie par la caution. Article 8 alinéa 2 AUS : l'annexion de la convention principale au contrat de cautionnement est prévue sans que son défaut soit sanctionné ; peut-on en déduire la nullité en cas de défaut d'annexion ? peut-on suppléer cette formalité en stipulant une clause dans le contrat de cautionnement indiquant que cette annexion a été faite et que la caution le reconnaît ?

(12) Article 65 AUS (nantissement des droits d'associés) ; article 70 AUS (nantissement du fonds de commerce) ; article 94 AUS (nantissement des matériels professionnels et des véhicules automobiles) ; article 101 AUS (nantissement des stocks) : prénoms, noms et domiciles du créancier, du débiteur et du constituant du nantissement si celui-ci est un tiers ; montant de la créance garantie ; conditions d'exigibilité de la dette principale et des intérêts ; élection de domicile du créancier dans le ressort de la juridiction où est tenu le registre du commerce et du crédit mobilier. En sus de ces conditions communes, sont prévues des mentions obligatoires particulières tenant compte de la nature spécifique des biens nantis.

(13) Article 49 AUS : indication de la somme due ; espèce, nature et quantité des biens meubles donnés en gage.

(14) Cette extension générale de la mention de l'assurance serait d'autant mieux venue que la subrogation de la chose gagée ou nantie qui a péri par l'indemnité d'assurance est un principe général (voir *infra* la substitution de

c-2. Les **mentions facultatives** sont destinées à compléter l'information des parties et des tiers sur l'identité et l'étendue de la sûreté contractuelle et à aménager leurs propres obligations respectives (voir *infra* deuxième partie). Ainsi, les parties peuvent convenir de l'obligation du débiteur d'assurer la chose donnée en sûreté et mentionner l'assurance dans leur contrat ; indiquer la cause de la créance garantie pour l'individualiser et l'isoler dans leurs nombreux rapports juridiques ; annexer le titre de créance à leur contrat de sûreté ; préciser que le créancier ne pourra obtenir le cautionnement de sa créance sans en informer le débiteur par dérogation à l'article 3, alinéa 2 AUS ; définition large du lien de connexité dans le droit de rétention du rétenteur, du gagiste et du privilège du transporteur (articles 42, 54 al. 2, 112 AUS)...

c-3. **Cas particulier de l'illettrisme.** Pour protéger la caution illettrée contre un engagement inconsidéré, l'article 4, alinéa 3 AUS oblige les parties à recourir à deux témoins certificateurs lettrés chargés d'attester l'identité et la présence de la caution et de lui préciser la nature et les effets de son acte. Une telle disposition n'est prévue que pour le cautionnement (quel qu'il soit) et, à travers lui, bénéficie à toutes les cautions réelles mais ne s'étend pas aux autres sûretés personnelles (dites autonomes) et réelles ; ceci étant, même dans ces cas, rien n'interdit aux parties d'y recourir lorsque l'une d'elles est illettrée. C'est ce que prévoit impérativement le code sénégalais des obligations civiles et commerciales pour tout acte juridique et non seulement pour le cautionnement (15).

B. L'impossibilité de choisir parmi les sûretés imposées

Le choix des sûretés devient impossible lorsqu'elles sont imposées par la loi qui en prévoit de deux sortes : les sûretés légales et les sûretés judiciaires.

1. L'impossibilité de choisir parmi les sûretés légales

Le législateur, jugeant dignes de protection certains créanciers pour certaines créances déterminées, leur accorde un privilège qui

sûreté, *in fine*)... sans que l'assurance soit rendue obligatoire par le droit des sûretés. L'assurance étant facultative, il n'y donc pas lieu de sanctionner l'omission de sa mention par la nullité dans l'article 101 AUS qui est le seul à le faire. Cf. cependant article 104, alinéa 2 AUS qui prévoit l'obligation d'assurer les stocks sans que cette disposition puisse être considérée d'ordre public.

(15) V. Joseph Issa Sayegh, *La certification des actes des personnes qui ne peuvent ou ne savent signer (droit sénégalais)*. Communication faite au Congrès des Barreaux francophones (Dakar, avril 1990) in *Le Barreau de France*, n° 270, p. 218 et in *Revue Penant*, janvier-mars 1991, p. 111 et s.

leur conférera un rang préférable aux créanciers chirographaires, voire préférable à certains créanciers munis de sûretés réelles. Il s'agit des privilèges généraux qui portent sur l'ensemble du patrimoine mobilier et immobilier du débiteur, des privilèges mobiliers spéciaux ou immobiliers spéciaux devenus, aujourd'hui, des hypothèques légales pour ces dernières.

La particularité de ces sûretés légales est que le législateur ne les accorde qu'à des créanciers et pour des créances qu'il détermine de façon précise et limitative. Si, pour les privilèges généraux, ce privilège porte sur l'ensemble du patrimoine du débiteur (16), pour les privilèges spéciaux mobiliers (17) ou immobiliers (18), il faut ajouter comme condition d'existence, un lien de connexité entre la créance et le bien.

Le bénéfice de tels privilèges résidant dans l'intérêt que porte le législateur à certains créanciers déterminés, seule la loi peut les créer et réglementer totalement leur régime juridique (détermination des créanciers protégés, de la nature – voire du montant – des créances protégées, du rang de préférence, du droit de suite s'il y a lieu). Le débiteur et le créancier n'ont donc pas le choix de ces sûretés légales pas plus que celui de leurs rangs. Ils ne peuvent les négocier surtout si d'autres créanciers risquent d'en pâtir. Tout au plus, la seule opération juridique possible est la subrogation du créancier privilégié par suite d'une cession de créance d'un paiement par un tiers à la place du débiteur.

2. L'impossibilité de choisir parmi les sûretés judiciaires

LAUS ne reconnaît que deux types de sûretés judiciaires : le nantissement judiciaire et les hypothèques forcées, celles-ci se subdivisant en hypothèques forcées légales et en hypothèques forcées judiciaires.

(16) Articles 107 et 108 AUS : les frais de justice ; les frais d'inhumation ; les fournitures de subsistance ; les salaires dus aux travailleurs ; les droits d'auteur ; les créances fiscales, douanières et de sécurité sociale.

(17) Articles 109 à 116 AUS : privilèges du vendeur sur la chose vendue pour le prix de vente ; du bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les lieux loués pour les créances nées de l'inexécution du bail ; le transporteur terrestre pour le prix du transport sur la chose transportée ; le travailleur d'un exécutant d'ouvrage à domicile sur les sommes dues par le donneur d'ouvrage pour les salaires dus pour l'exécution de cet ouvrage ; les travailleurs et fournisseurs des entreprises de travaux pour garantir les créances nées de l'exécution de ces travaux sur les sommes dues par le maître de l'ouvrage.

(18) Articles 134 et 135 : les hypothèques légales du vendeur, de l'échangeur et du copartageant sur l'immeuble vendu échangé ou partagé pour les créances nées de ces opérations ; des architectes, entrepreneurs et autres personnes employées pour bâtir, réparer ou reconstruire des bâtiments sur les immeubles d'où sont nées leurs créances.

a. En **matière mobilière**, les sûretés judiciaires sont à distinguer des saisies conservatoires. Seul le nantissement judiciaire constitue une véritable sûreté assortie d'une inscription au RCCM qui confère au créancier nanti un rang que les autres créanciers saisissants ultérieurs ne peuvent lui disputer. Au contraire, les saisies conservatoires n'empêchent pas d'autres saisies et le concours entre tous les saisissants et opposants.

b. Il en est de même pour les **sûretés judiciaires sur les immeubles** (hypothèques légales forcées ou hypothèque judiciaire proprement dite) qui profitent au(x) seul(s) saisissant(s) en lui (leur) conférant un rang (celui de l'inscription de l'hypothèque) sans concours avec des créanciers saisissants ultérieurs.

Ce qui justifie l'hypothèque judiciaire prévue et organisée par les articles 136 à 144 AUS est la menace qui pèse sur la créance du saisissant qui requiert une hypothèque sur un immeuble – de son choix – du débiteur pour obtenir une garantie de solvabilité. Le régime juridique de cette hypothèque judiciaire est entièrement réglé par la loi, y compris dans son formalisme et dans son inscription qui lui confère un rang identique à celui d'un créancier hypothécaire par convention.

Les hypothèques légales forcées des articles 134 et 135 AUS sont, en fait des substituts d'hypothèques conventionnelles. Elles mettent en présence un créancier et un débiteur se trouvant dans une relation contractuelle (vente, échange, partage, entreprise de construction) non assortie d'hypothèque que les parties n'ont pas voulu ou songé à constituer. Ce n'est qu'après exécution du contrat que le créancier non payé, demande une telle hypothèque au juge pour garantir sa créance. Une telle démarche ne peut s'analyser, pour autant, en une hypothèque judiciaire conservatoire telle que définie par les articles 136 et suivants AUS. En effet, il n'est point besoin pour le créancier de prouver que sa créance est en péril. Dès lors qu'il démontre qu'il est créancier, que sa créance est impayée et qu'il s'agit de l'immeuble avec lequel sa créance a un lien de connexité, le juge est obligé d'accorder l'hypothèque ; celle-ci prend rang au jour de son inscription sans que des créanciers poursuivants ultérieurs puissent l'ignorer. Dans cette hypothèse, l'hypothèque n'a rien de conventionnel, ni dans sa formation, ni dans l'aménagement de son régime juridique mais le résultat est le même que pour une hypothèque conventionnelle en ce qui concerne le rang conféré par l'inscription.

II. LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE DANS L'AMÉNAGEMENT DES SURETES

L'aménagement du régime juridique des sûretés n'est possible que si les parties ne se heurtent à aucune disposition impérative de la loi et si elles ne dénaturent pas la sûreté qu'elles ont choisie. L'espace de

liberté qui leur est ainsi laissé est assez large puisqu'il couvre aussi bien la conservation de la sûreté que son dénouement.

A. L'aménagement de la conservation des sûretés

La conservation de la sûreté signifie que l'existence de la garantie donnée doit être préservée en son état et en sa valeur jusqu'au dénouement. Cela suppose que sa garde ou sa surveillance soit assurée, qu'au besoin sa substitution soit effectuée et le renouvellement de son inscription obtenu.

1. La garde et la surveillance des sûretés

La garde et la surveillance de la sûreté ou de la garantie est une obligation qui pèse sur l'une des parties au profit de l'autre : soit le créancier, soit le débiteur ou son garant.

a. La garde et la surveillance au profit du créancier

a-1. **Dans les sûretés sans dépossession**, le principe est que le débiteur ou le tiers constituant de la sûreté (caution réelle), est le gardien des biens dont il garde la détention. Cela est clairement exprimé pour le *nantissement des stocks* : le débiteur est gardien des produits agricoles et industriels et des marchandises nantis (article 104 AUS). Cette solution s'explique, comme pour la saisie des biens meubles, par le fait que le débiteur ne perd pas, en principe, la détention de ces choses. Cette disposition, prévue pour le nantissement des stocks, est parfaitement extensible aux autres nantissements, pour les mêmes raisons, sans qu'il soit besoin de le prévoir expressément mais ce qui va mieux en le disant.

S'il est donc de principe que le débiteur est le gardien des biens nantis, rien n'empêche l'institution contractuelle d'un tiers détenteur afin d'éviter la dissipation des biens nantis ou saisis par le débiteur. Néanmoins, la constitution d'un tiers détenteur n'est pas envisageable pour tous les nantissements : s'il est concevable pour les titres constatant les droits sociaux de nommer un séquestre conventionnel, par exemple (19), cela ne l'est pas du tout pour le fonds de commerce, le matériel professionnel et les véhicules automobiles puisque, par définition, la destination de ces biens est d'être utilisés par le débiteur.

Pour concilier le principe de la détention des stocks nantis avec la possibilité de les vendre puisqu'ils sont destinés à cela, l'article 104, alinéa 4 AUS permet au débiteur de les vendre mais à la condition

(19) Pour l'exercice du droit de vote, la perception des dividendes, la participation aux assemblées générales...

qu'il en consigne le prix chez le banquier domiciliataire avant de les livrer. Cette disposition n'étant pas d'ordre public, rien n'interdit de la supprimer ou de l'aménager en convenant, par exemple, que le prix en sera payé par l'acquéreur, qui s'y engage, dès la livraison, avec ou sans solidarité avec le débiteur nanti, ou encore que la vente se fera avec obligation, pour le débiteur, de renouveler le stock en même quantité et qualité...

On trouve la même possibilité, pour le débiteur de vendre les matériels professionnels et les véhicules automobiles nantis par accord entre les parties ou, à défaut, avec une autorisation judiciaire (art 97) (20). Cette faculté s'explique par le fait que le débiteur peut souhaiter vendre ces biens pour les renouveler.

La faculté pour le débiteur de vendre les biens nantis est-elle extensible aux autres nantissements ? Sans doute, mais avec l'accord et la vigilance du créancier. Encore qu'on se demande où serait l'intérêt de la vente du fonds de commerce agréée par le créancier puisque les créanciers nantis et chirographaires peuvent faire opposition au prix. Quant à la cession des droits sociaux nantis, jamais la personne morale émettrice de ces titres n'effectuera le transfert des titres au profit de l'acquéreur sans la mainlevée ou l'accord préalable du créancier nanti.

a-2. **Dans les sûretés avec dépossession** comme le gage et le droit de rétention, le créancier – ou le tiers détenteur pour le compte du créancier – détient la chose et la retient jusqu'à complet paiement de toutes les dettes de son ou ses débiteurs. C'est ce qu'exprime l'article 60 AUS pour le gage, transposable au droit de rétention en application de l'article 43 AUS. Il s'ensuit, face à des paiements partiels par un seul débiteur ou au paiement intégral par un codébiteur une indivisibilité du gage jusqu'à satisfaction intégrale du créancier même si la chose est divisible par nature ou la dette divisible entre les codébiteurs. Mais cette disposition n'est pas d'ordre public et peut être aménagée en divisibilité si la chose ou la dette s'y prête.

b. La garde et la surveillance au profit du débiteur ou de son garant

C'est dans les sûretés avec dépossession et le cautionnement que l'on peut aménager la conservation des intérêts du débiteur qui est à la charge du créancier.

(20) Faute d'un tel accord ou de l'autorisation judiciaire, le débiteur encourt la déchéance du terme et s'il n'honore pas sa dette à ce moment, il est passible d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, de la faillite personnelle, et des peines de l'abus de confiance.

b-1. Dans le *gage* (et dans le droit de rétention, par analogie), le créancier détenteur a l'obligation de veiller sur la chose et d'en assurer la conservation comme un dépositaire (article 58-2, al 2 AUS). Cette obligation emporte celles de ne pas en user (article 58-1 alinéa 1^{er} AUS), de ne pas en tirer des fruits (58-1 alinéa 1^{er} AUS) ni, *a fortiori*, d'en disposer (vente, remise en gage, destruction,...).

Toutefois, les parties peuvent convenir que le créancier peut utiliser la chose ou en percevoir les fruits. Dans ce dernier cas (que le gage soit une créance ou une chose corporelle), les fruits sont imputés sur ce qui est dû par le débiteur en intérêts et capital selon les règles d'ordre d'imputation du droit commun ou tout autre ordre convenu par les parties (article 58-1 alinéa 2 AUS).

Le devoir de conservation matérielle de la chose cède au cas où la chose menace de périr ; dans cette hypothèse, le créancier ou le tiers convenu peut, sur autorisation du juge des référés, la vendre et les effets du gage seront alors reportés sur le prix en vertu de la subrogation (article 58-2 alinéa 2 AUS). Cette disposition peut parfaitement être aménagée conventionnellement : autorisation de vendre donnée par le débiteur lors du contrat ou lorsque survient le péril ; report de la sûreté sur un autre bien meuble et non sur le prix...

b-2. Le droit du cautionnement fait obligation au créancier d'informer la caution de toute défaillance du débiteur principal qui accroît son passif garanti (article 13, al 2, et art. 14, al 2 AUS). Cette information est destinée à lui permettre de conserver ses recours contre le débiteur principal, voire à les anticiper (article 24 AUS). Sans méconnaître cette obligation, les parties peuvent déterminer les formes en lesquelles cette information se fera (lettre simple ou recommandée avec accusé de réception ; portage par cahier de transmission ; communication du relevé de compte du débiteur,...).

Il en est de même de l'obligation de la caution d'aviser le débiteur avant de payer pour effectuer un paiement utile (article 19 AUS).

2. La substitution de sûreté

La substitution d'une sûreté par une autre permet de conserver la garantie donnée à l'origine des rapports des parties.

C'est ainsi que si le débiteur ne peut trouver une caution que la convention, la loi ou une décision de justice l'oblige à donner, ou si la caution choisie devient insolvable, il peut fournir une sûreté réelle à négocier avec le créancier, pourvu qu'elle procure la garantie souhaitée (articles 5 alinéa 3 et 6 alinéa 1^{er} AUS). Il en est de même lorsque le débiteur veut soustraire la chose retenue ou gagée par le créancier à son emprise ou encore lorsque la valeur de la chose gagée s'est amoindrie (article 42 alinéa 3 AUS). Prévue expressément par la loi pour le gage et le droit de rétention, rien n'empêche l'extension d'une

telle faculté aux autres sûretés (remplacer un nantissement par un gage ou inversement ; remplacer une hypothèque par un nantissement ou inversement).

Cette substitution de sûreté qui consiste à remplacer une sûreté par une autre de nature différente doit être distinguée de l'hypothèse de la subrogation personnelle ou réelle dans laquelle tout en conservant la sûreté de même nature, les parties changent de caution (article 6 AUS) ou de bien meuble (article 46 alinéa 2 AUS) ou immeuble (article 124 AUS). Mais de telles subrogations personnelles ou réelles peuvent relever d'un aménagement contractuel.

Dans le cas de changement pour une sûreté réelle de nature différente ou de bien donné en garantie, les inscriptions nouvelles (s'il y a lieu) prennent rang au jour où elles sont effectuées ; si d'autres inscriptions ont été prises antérieurement, elles auront priorité sur les nouvelles et peuvent ainsi nuire à la «valeur réelle» de la nouvelle sûreté requise par la loi ou le créancier.

Enfin, faisons observer que la loi prévoit des cas où, en cas de destruction ou de disparition du bien donné en sûreté réelle, l'indemnité d'assurance est substituée à ladite sûreté réelle (article 57, alinéa 2 AUS : gage ; article 109, alinéa 2 AUS : privilèges spéciaux ; article 117, alinéa 4 AUS ; hypothèques). Rien n'empêche les parties de prévoir une telle subrogation réelle dans les cas où la loi ne l'a pas envisagée (droit de rétention ; nantissements (21)).

3. Le renouvellement de la sûreté

3-1 **Le renouvellement des sûretés personnelles** ne peut se faire tacitement : c'est ce que prévoit l'article 9, alinéa 3 AUS en disposant que le cautionnement général (ou de tous engagements) doit être exprès, toute clause contraire étant réputée non écrite. Cette disposition se justifie parfaitement par le souci de protéger la caution contre un renouvellement incontrôlé et intempestif. Néanmoins, cette disposition n'est limitée qu'au cautionnement de tous engagements, si bien qu'on peut raisonnablement se demander si les parties peuvent souscrire une clause de reconduction tacite du cautionnement d'engagements pris pour une somme déterminée ou pour une durée déterminée (cautionnement d'un bail, par exemple). Nous ne le pensons pas pour les mêmes raisons que celle qui justifie l'article 9 alinéa 3 AUS et par référence à l'article 4 alinéa 1^{er} AUS (22).

(21) Solution légale implicite pour le nantissement des stocks ; cf. article 101-3^o AUS.

(22) «Le cautionnement ne se présume pas, quelle que soit la nature de l'obligation garantie. A peine de nullité, il doit être convenu de façon **expresse** entre la caution et le créancier.»

3-2. **Renouvellement des sûretés réelles.** Nous envisageons, ici, les sûretés réelles soumises à publicité au livre foncier ou au registre du commerce et du crédit mobilier pour être opposables aux tiers pendant une durée déterminée.

Si aucune durée mesure de publicité n'est prévue pour le gage qui est simplement soumis à un enregistrement pour être opposable sans précision de durée par la loi (article 49 AUS), il n'en va pas de même pour les nantissements qui, une fois publiés au registre du commerce et du crédit mobilier sont opposables pour une durée déterminée et maximale précisée : droits sociaux (article 67 AUS) ; fonds de commerce : article 83 AUS (5 ans) ; matériel professionnel et véhicule automobile : art 95 AUS (5 ans) ; stocks : art 102 AUS (1 an). La relative brièveté de ces délais vient de ce que ces nantissements correspondent à des crédits à moyen terme, celui sur les stocks à un crédit à court terme compte tenu de la grande fluidité des biens nantis. Le renouvellement de ces publicités étant possible avant leur expiration, rien n'interdit aux parties, dans l'acte constitutif, d'en convenir leur renouvellement à la seule initiative du créancier (le débiteur pouvant en demander la mainlevée, si ce renouvellement est fait indûment, contre justification de son entière libération).

L'inscription de l'hypothèque est désormais soumise à une durée déterminée non précisée par la loi mais par la volonté des parties (article 123 AUS), ce qui leur permet de se mettre à l'abri d'un délai trop court par rapport à la durée du crédit accordé ou aux incidents de paiement qui nécessiteraient une durée plus longue ; il suffit que les parties envisagent une durée assez longue pour éviter les désagréments d'un délai qui se révélerait trop court et nécessiterait le renouvellement de l'inscription. Et si, malgré ces précautions, cette durée s'avérait trop courte, tout comme pour les nantissements, elles peuvent se prémunir contre les désagréments qui en résulteraient par un renouvellement possible à l'initiative du créancier avant l'expiration de l'inscription.

B. L'aménagement du transfert des sûretés

1. Le transfert des sûretés personnelles

Le transfert d'une sûreté personnelle (cautionnement ou lettre de garantie) se fait à titre accessoire (effet de la cession de la créance) ou à titre principal lorsque seule la garantie est cédée. Dans ce dernier cas, le transfert de la sûreté personnelle peut se faire sur un autre débiteur ou sur une autre dette (il faudra, alors, le consentement des trois parties) ; rien n'interdit aux parties de souscrire une interdiction de cession de garantie à titre principal.

La règle est légèrement différente pour la lettre de garantie. Le droit à garantie du bénéficiaire de **la lettre de garantie** n'est pas cessible décide l'article 31 AUS ; cela signifie qu'une telle cession est

interdite aussi bien à titre accessoire qu'à titre principal mais que le bénéficiaire (le créancier, en fait) peut, néanmoins, céder sa créance partiellement ou totalement. Ce principe d'interdiction de cession du bénéfice de la garantie peut être levé par une clause contraire permettant de transférer la garantie à titre principal ou accessoire. Le transfert de la créance à titre accessoire est une conséquence normale de la cession de créance mais le transfert de la garantie à titre principal sur une autre créance ou sur un autre débiteur (donneur d'ordre).

2. Le transfert des sûretés réelles

Le transfert d'une sûreté réelle peut également se faire à titre accessoire comme à titre principal et, dans ce dernier cas, les parties peuvent l'interdire. Mais si la cession à titre principal est possible, cela doit se faire avec l'accord des parties concernées.

Néanmoins, le cas particulier de **l'interversion** des rangs de préférence doit être signalé. Elle consiste pour deux créanciers nantis ou hypothécaires d'échanger leurs rangs respectifs, en maintenant le montant de leurs créances respectives, le créancier en rang postérieur prenant la place de celui de rang antérieur et réciproquement. Une telle interversion ne doit pas nuire aux intérêts des créanciers déjà inscrits (23) postérieurement au créancier le moins bien placé des deux échangistes qui gardent les mêmes rangs que ceux qu'ils occupaient avant l'interversion. Si le deuxième créancier échangiste est un nouveau créancier qui devait passer après tous les créanciers déjà inscrits, celui avec qui il fait l'échange sera placé après tous les créanciers inscrits au moment de l'interversion.

C. L'aménagement du dénouement de la sûreté

Le dénouement de la sûreté peut provenir de l'extinction de la créance, de l'extinction de la sûreté ou de la réalisation de celle-ci. Ces trois issues peuvent être aménagées contractuellement.

1. L'aménagement de l'extinction de la créance

En principe, la créance s'éteint par le paiement le jour de l'échéance stipulée. Sur ces deux points, quelle est la liberté contractuelle des parties ?

(23) Les autres créanciers inscrits ne doivent pas intervenir à cet accord ni peuvent s'y opposer. Il en est autrement lorsque le débiteur est soumis à une procédure collective ; dans ce cas, la masse doit consentir à la renonciation de son rang de créancière hypothécaire (hypothèque légale de la masse) si le nouveau créancier fournisseur de crédit demandait à passer avant elle.

a. L'aménagement du terme

Le terme stipulé entre les parties peut être anticipé ou prorogé par elles.

a-1. **L'anticipation du terme** peut être convenue ou résulter de la déchéance.

Lorsqu'elle est convenue et honorée, elle est maîtrisée et ne peut que profiter au débiteur et à son garant ; il n'y a donc aucune raison de s'en méfier et de se montrer hostile à son égard.

Mais elle peut résulter de la déchéance, elle-même causée par des incidents de paiement ou la diminution de la valeur de la sûreté dont le débiteur va pâtir. Il peut y remédier en offrant une autre garantie (voir supra) ou, à défaut, subir le recours anticipé du créancier. Par contre, la caution est protégée contre un tel recours anticipé par l'article 13, alinéa 4 AUS qui l'interdit contre la caution et ce, nonobstant toute clause contraire. Par contre, la caution, face à une telle déchéance du terme, peut s'inquiéter de la solvabilité du débiteur et user de l'article 24 AUS pour agir (en mesure conservatoire, notamment) contre le débiteur ; certes, cette hypothèse précise de la déchéance du terme n'est pas expressément prévue par ce texte mais elle s'y apparente bien et rien n'empêche de la prévoir dans le contrat de cautionnement.

a-2. **La prorogation du terme** convenue entre le débiteur et le créancier titulaire de la sûreté ne peut, a priori, que profiter au débiteur. Néanmoins, elle ne peut s'imposer automatiquement à la caution qui doit expressément l'accepter pour être liée par la modification du terme. En effet, cette prorogation jette la suspicion sur la situation du débiteur si bien que la caution peut avoir intérêt à prendre les devants par l'obtention de mesures conservatoires ou l'entreprise d'une action en recouvrement anticipé (article 24 AUS).

b. L'aménagement du paiement

Le paiement doit correspondre à l'exécution de l'obligation incombant au débiteur telle qu'elle a été convenue initialement. S'agissant d'une créance de somme d'argent, le paiement doit correspondre à la somme convenue et due au jour du terme et s'effectuer selon un des moyens de paiement normaux. Est-il possible d'aménager ces deux éléments du paiement ?

b-1. **La détermination des sommes dues ou restant dues** peut, dans certains cas, susciter des difficultés que les parties peuvent anticiper et résoudre par convention. L'acte uniforme sur les sûretés en donne quelques exemples mais la liberté contractuelle permet aux parties d'en régler bien d'autres.

Le premier exemple est offert par le *cautionnement de tous engagements*. Pour éviter les difficultés résultant de l'impossibilité de connaître, d'avance, le montant et l'étendue de ces engagements, l'article 9, alinéas 1 et 4 AUS circonscrit les engagements du débiteur principal garantis par la caution aux dettes postérieures à la signature du cautionnement, contractuelles et directes du débiteur principal, autorisant par là même, implicitement et *a contrario*, que par stipulation expresse, la caution et le créancier conviennent d'étendre ou de limiter la garantie aux dettes antérieures, délictuelles et indirectes.

La seconde illustration est fournie par la possibilité, pour la *caution réelle*, de limiter sa garantie à la valeur de réalisation du ou des biens sur lesquels elle a consenti une sûreté. Il faut comprendre l'article 12, alinéa 2 AUS de la façon suivante :

- il n'autorise pas la caution réelle à imposer cette limitation unilatéralement, celle-ci devant résulter d'un accord préalable entre elle et le créancier ;
- cette faculté de limitation induit également celle (possible) de la limitation conventionnelle de l'engagement de la caution réelle à la valeur d'estimation de la sûreté lors de la conclusion de la sûreté réelle.

Enfin, c'est dans l'article 33 AUS qu'on trouve l'évocation de la déduction de la créance des paiements partiels ou successifs incontestés par le débiteur. Pour établir le caractère incontestable de ces paiements (existence, montant, imputation), les parties peuvent parfaitement convenir de la forme en laquelle les quittances seront établies, voire les autres formes de documents que la quittance qui auront le caractère libératoire partiel. Bien que cette question ne soit évoquée que pour la lettre de garantie, rien n'interdit de l'étendre, non seulement au cautionnement mais aussi aux sûretés réelles.

b-2. Le règlement des créances de sommes d'argent se fait, en principe, par des modes normaux de paiement (espèces, chèques, virements ou prélèvements bancaires, effets de commerce, titres interbancaires de paiement, mandats,...). Tout mode anormal de paiement (compensation, cession de créance, délégation, dation en paiement...) doit être convenu par les parties. L'article 25 alinéas 2 et 3 AUS évoque deux modes anormaux d'extinction de la créance qu'il est utile d'explicitier : la dation en paiement et la novation.

La dation en paiement faite par le débiteur principal libère définitivement la caution, même si le créancier est ensuite évincé de la chose acceptée par lui. Toute clause contraire est réputée non écrite. Cette disposition refuse donc de mettre à la charge de la caution l'obligation de garantie d'éviction mise à la charge des personnes transférant la propriété d'un bien ; dans la mesure où ce n'est pas la caution qui fait cette dation, elle n'a pas à supporter une telle obliga-

tion de garantie. Autre conséquence de cette disposition : la caution est définitivement libérée par la dation et, serions-nous tenté de dire, complètement quelle que soit la valeur de la chose donnée en paiement. Mais si aucune clause contraire ne peut contredire la libération définitive de la caution, ne serait-il pas possible de limiter conventionnellement cette libération définitive à la seule valeur effective de la chose donnée en paiement, auquel cas, l'accord de la caution serait nécessaire, clause que n'interdit pas formellement l'article 25 alinéa 2 AUS. Ajoutons, enfin, que si la dation en paiement intervient entre le créancier et la caution, celle-ci est tenue de l'obligation de garantie d'éviction envers le créancier.

La novation consiste en une modification substantielle du rapport contractuel de base ayant donné naissance à l'obligation principale, notamment par : changement d'objet ou de cause ; la modification des modalités ou des sûretés dont elle était assortie (par exemple, gage donné par le débiteur à son créancier qui abandonne cette sûreté ou la remplace par une sûreté moins fiable) ; changement de débiteur principal (cas non prévu par le texte mais envisageable, la liste de l'article 25 alinéa 3 AUS n'étant pas exhaustive). Dans tous les cas, pourrait-on dire, la caution est libérée sauf si elle accepte de transférer sa garantie sur la nouvelle créance, un tel accord ne pouvant intervenir entre elle et le créancier qu'après et non avant la novation.

2. L'aménagement de l'extinction de la sûreté

En principe, la sûreté disparaît, soit par suite de l'extinction totale de la créance qu'elle garantit (extinction par la voie de l'accessoire), soit par suite de la disparition de la chose donnée en garantie ou d'une cause de déchéance du créancier (par exemple : violation de l'interdiction d'user de la chose ou d'en percevoir les fruits) ou de la renonciation du créancier à la garantie. Outre ces circonstances, les parties peuvent aménager l'extinction de la sûreté, que celle-ci soit le fait du débiteur de la garantie ou de son bénéficiaire.

c-1. L'aménagement de l'extinction du fait du débiteur de la garantie est prévu par l'article 9 alinéa 3 AUS pour la caution de tous engagements. Celle-ci peut, à tout moment, révoquer sa garantie avant que soit atteinte la somme maximale à laquelle elle s'était engagée, étant précisé que tous les engagements du débiteur garantis avant la révocation restent garantis par la caution. Si c'est là le principe général permettant à la caution de se libérer de son obligation avant que le montant maximal du cautionnement soit atteint, il peut être aménagé.

L'aménagement le plus brutal serait la clause interdisant l'utilisation de la faculté de révocation avant l'atteinte du montant maximal puisque, nulle part, l'AUS ne dit que cette faculté est d'ordre public.

A supposer que, dans l'intérêt commun des parties, cette faculté soit réservée à la caution, il n'est pas exclu qu'elle puisse être aménagée. Ainsi, pour ne pas surprendre le fournisseur de crédit par une révocation soudaine, le créancier serait en droit d'exiger que la caution s'engage, par convention, à n'user de sa faculté de révocation que si un minimum de dettes est atteint par le débiteur principal ou encore que la caution donne un préavis de révocation sous une forme précise ou sous réserve des engagements en cours (escompte et contre-passation d'effets de commerce escomptés...).

c-2. L'aménagement de l'extinction de la sûreté du fait du créancier. En principe, le créancier peut céder sa sûreté en cédant sa créance, ce qui entraîne le transfert de la sûreté en application des règles de la subrogation personnelle sans que le débiteur et son garant puissent s'y opposer. Encore que les parties peuvent convenir de soumettre la cession de la créance à l'accord du débiteur qui devra, soit s'y refuser en payant (éventuellement par compensation ou en soulevant les exceptions dont il dispose envers le créancier), soit s'y soumettre en acceptant un nouveau créancier à la place du précédent (envers lequel il disposera des mêmes exceptions du reste).

La cession de la seule garantie sans la cession de la créance qui en est le support est difficile, voire impossible à concevoir, même si et alors même que le cessionnaire de la garantie serait également créancier du même débiteur. L'article 31 AUS en décide ainsi pour la lettre de garantie à première demande, ce qui incite à penser que cette faculté est extensible aux autres sûretés, à savoir que la cession de la seule garantie sans la cession de la créance n'est pas admissible. Toutefois, l'article 31 AUS réserve l'hypothèse de la clause contraire ; mais une telle clause n'opère, en général, que si le tiers cessionnaire de la seule garantie (sans la créance) est en relation d'affaires avec le débiteur qui a intérêt à une telle opération.

d. L'aménagement de la réalisation de la sûreté

En cas de non paiement de la dette à l'échéance du terme, le créancier est en droit de procéder à la réalisation de sa sûreté réelle. Celle-ci suppose l'exercice du droit de suite et celui du droit de préférence. Tous deux sont susceptibles d'aménagement.

d-1. L'exercice du droit de suite consiste à saisir et faire vendre le bien meuble ou immeuble et à se faire payer sur le prix de la vente forcée dudit bien. Les parties peuvent-elles éluder cette procédure longue et coûteuse, notamment en stipulant que le créancier pourra vendre le bien et se faire payer sur le prix (pacte commissaire) ou se faire attribuer ledit bien (clause d'attribution) ?

En matière de gage, l'article 56-1, alinéa 3 AUS donne un élément de réponse en disposant que toute clause du contrat autorisant la vente par le créancier ou l'attribution du gage au créancier sans respecter le recours au juge est réputée non écrite. L'interdiction ne semble s'imposer que si ces clauses figurent déjà dans le contrat de gage dès l'origine (« toute clause du contrat... »). *A contrario*, une telle clause serait licite si elle était souscrite après le contrat. A supposer qu'elle le soit, les parties peuvent convenir de la nécessité de recourir ou non à une expertise amiable ou judiciaire pour estimer la valeur du bien attribué ou vendu pour protéger les intérêts du vendeur et des autres créanciers en concours sur le même bien, qu'ils soient gagistes, privilégiés ou chirographaires (ces derniers pourraient eux-mêmes solliciter une telle expertise en justice si les parties ne l'avaient pas prévue). En vertu des articles 68 (droits d'associés et valeurs mobilières), 89 (fonds de commerce), 97 (matériel professionnel et véhicule automobile) et 105 (stocks) de l'AUS qui renvoient à l'article 56-1 AUS, les mêmes règles s'appliquent aux nantissements.

En droit hypothécaire, le droit de suite s'exerce selon les règles de la saisie immobilière (article 117 alinéa 2 AUS). Ce renvoi exprès aux articles 246 et suivants AUPSRVE signifie-t-il que toute convention de dation en paiement ou de vente amiable est interdite ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où, dans l'article 117 alinéa 2 AUS, seule est en cause la manière de procéder à la vente forcée qui ne peut se faire qu'en respectant les règles de la saisie immobilière. Mais dès lors que les parties excluent cette voie et décident de recourir à la dation en paiement ou à la vente amiable, rien ne le leur interdit et l'intérêt des autres créanciers hypothécaires est protégé puisque ces actes n'opérant pas purge des hypothèques postérieures à celle du créancier servi, ils peuvent encore exercer leur droit de suite (de réalisation forcée) à l'encontre du nouveau propriétaire et selon les rangs précédemment acquis par leurs inscriptions. Seul est donc menacé le créancier attributaire de l'immeuble ou son nouvel acquéreur. Bien entendu, le débiteur hypothécaire et le futur acquéreur peuvent associer les créanciers inscrits à la convention et requérir d'eux l'acquiescement à la vente projetée moyennant le respect de leurs droits inscrits.

d-2. L'exercice du droit de préférence. Il peut advenir qu'un créancier qui y a intérêt, soit tenté de céder son rang de préférence à un autre créancier du même débiteur. Le peut-il et à quelles conditions ? Deux situations sont envisagées par l'AUS à ce propos : le cautionnement et le nantissement du fonds de commerce.

Dans le cas où il y a eu *cautionnement partiel* et que le créancier pour le recouvrement du reliquat et la caution pour celui du paiement partiel se trouvent en concours sur les prix de réalisation des biens de leur débiteur commun, il est interdit de stipuler une préfé-

rence au profit du créancier ; toute clause contraire serait réputée non écrite (article 21 alinéa 2 AUS). Cette interdiction est destinée à protéger la caution contre elle-même lorsqu'elle signe le contrat de cautionnement. Elle vaut pour toutes sortes de cautionnement (caution réelle, ordinaire, solidaire, de tous engagements...). Il n'y a aucune raison de ne pas l'étendre à la garantie à première demande par la voie contractuelle.

Pour les *nantissements*, la cession d'antériorité est possible puisqu'elle est prévue par les dispositions générales et communes de l'article 80 AUS. Il en est de même pour les *hypothèques* si on se réfère à l'article 124 AUS. De telles cessions interviennent lorsque certains créanciers, ayant intérêt à la survie et au redressement d'une entreprise débitrice et en difficulté (sous-traitants de ladite entreprise, par exemple) cèdent leur rang de préférence à un fournisseur de crédit disposé à renflouer l'entreprise à condition que le nantissement ou l'hypothèque qui va lui être accordé soit de meilleur rang que celui qu'il occuperait si on s'en tenait aux dates des inscriptions existantes. Si une telle cession d'antériorité est acceptée par tous les créanciers inscrits, tous seront décalés d'un rang à partir du cessionnaire qui va passer au premier rang des inscrits ; si seuls un ou quelques créanciers y ont consenti, ils prendront rang, dans l'ordre qui leur était déjà attribué, immédiatement après le dernier de ceux qui n'ont pas consenti à cette cession. Cette règle permet de protéger ceux qui ont refusé de participer à la cession d'antériorité.

Comme cette étude le montre, un espace de liberté existe dans le droit des sûretés. Il est grand pour les sûretés contractuelles et réduit, pour ne pas dire inexistant pour les sûretés légales et judiciaires. A ne considérer que les seules sûretés contractuelles, cette liberté est plus patente pour les garanties personnelles que pour les sûretés réelles, celles-ci relevant de catégories juridiques qu'il est impossible de transgresser. Enfin, même pour les sûretés personnelles, le législateur veille à ce que la liberté contractuelle ne débouche pas sur une soumission trop lourde à supporter par le garant.