



Réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA

SOUNON TAMOU Abdou Soumaïla

Maître Assistant des universités

Université de Parakou (Bénin)

sounontamoua@gmail.com

Résumé

L'accès au crédit est facilité par la fourniture de sûretés exigées des demandeurs. Celles-ci permettent de limiter les risques de non-paiement que pourrait subir le prêteur. Paradoxalement, la législation OHADA procède à une limitation des biens pouvant faire l'objet de sûretés. Cette limitation des chances de crédits pour les entreprises de l'espace OHADA invite à mener une « *Réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA* ». A travers cette réflexion, la question qui se pose est celle de savoir si l'exclusion des immeubles par destination des sûretés est toujours acceptable en droit OHADA ? L'exclusion des immeubles par destination semble être en contradiction avec certaines pratiques observées dans les Etats OHADA. De plus, les réformes du législateur OHADA admettant, entre autres, le gage sans dépossession, sont des facteurs qui devraient déterminer celui-ci à étendre le champ des sûretés aux immeubles par destination. Si donc l'exclusion semble être toujours acceptable en ce qui concerne l'hypothèque, elle reste de plus en plus discutable s'agissant du gage.

Mots clés : Exclusion – Immeubles par destination – Dépossession – Gage – Hypothèque.



INTRODUCTION

Les sûretés facilitent l'accès au crédit en réduisant les pertes potentielles dues au risque de non-paiement que pourrait subir le prêteur¹. Le cas échéant, on parlerait d'une bonne sûreté ou d'une sûreté « idéale », celle-ci étant, selon certains auteurs², un instrument économique de premier plan³. Est dite idéale, en effet, une sûreté qui procure une chance maximale de paiement et dont la constitution et la réalisation sont simples et peu onéreuses⁴. L'importance des garanties pour les entreprises de l'espace OHADA n'a pas cependant empêché le législateur d'exclure certaines catégories de biens des sûretés qu'il régit. Une « réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA » est rendue nécessaire, dans la perspective de voir la législation OHADA connaître d'éventuelles mutations.

A priori, l'idée de sûreté reste, hier comme aujourd'hui, à première vue, facile à saisir. Elle consiste à offrir au créancier une sécurité plus accrue, une chance supplémentaire de paiement de sa créance envers le débiteur. Pourtant, la notion se révèle, au fond, introuvable⁵ ; elle est difficile et rétive à cerner⁶. Le professeur Koffi M. Agbénoto évoque dans ce sens, la tendance hasardeuse d'une définition légale⁷. L'héritage du Code civil de 1804 ne contenant pas de définition de la sûreté, combler un tel vide était une gageure et la pierre d'achoppement de la législation contemporaine. Ce n'est pas étonnant qu'entre deux actes uniformes, le législateur OHADA ait proposé deux définitions des sûretés. L'article 1^{er} de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés (AUS) du 17 avril 1997 définissait les sûretés comme « les moyens accordés au créancier par la loi ou la convention des parties pour garantir l'exécution des

¹ YONDO BLACK Lionel, « L'enjeu économique de la réforme de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés : un atout pour faciliter l'accès au crédit », *In Droit et Patrimoine*, N° 197, nov. 2010, p. 47.

² MALAURIE Philippe, AYNES Laurent, par AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les sûretés, la publicité foncière*, LGDJ, Paris, 8^e éd., 2014, n° 8.

³ BOHOUSOU Kouakou Stéphane, *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA : proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*, Th. Droit, Université de Bordeaux, 2015, n° 2, p. 6.

⁴ *Idem*.

⁵ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PETEL Philippe, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, p. 2, n° 2.

⁶ Sur la définition, voir ANOUKAHA François, Cisse-Niang Aminata, FOLI Messanvi, Issa-Sayegh Joseph, NDIAYE Isaac Yankhoba et Samb Moussa, *OHADA, Sûretés*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 1, n° 1 ; CROCQ Pierre avait essayé la définition 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 en partie, directement ou indirectement », in CROCQ Pierre, *Propriété et sûreté*, LGDJ, Paris, 1995, n° 261 et n° 282.

⁷ AGBENOTO Koffi Mawunyo, « Les évolutions récentes du droit des sûretés OHADA : morceaux choisis », p. 3, en ligne sur [LES-EVOLUTIONS-RECENTES-DU-DROIT-DES-SURETES-OHADA_2019.pdf \(barreaucameroun.org\)](http://barreaucameroun.org/LES-EVOLUTIONS-RECENTES-DU-DROIT-DES-SURETES-OHADA_2019.pdf), consulté le 24.03.2022, 10h10 ; « L'évolution des sûretés en droit OHADA », in SOSSA Cossi Dorothé (Mélanges en l'honneur de), *Droit et investissement, Tome I : Droit substantiel*, Cotonou, éditions du CREDIJ, 2021, p. 53-88.



obligations du débiteur, quelle que soit la nature juridique de celles-ci ». Certainement, jugée trop libérale et vague, cette définition a été abandonnée par la réforme du 15 décembre 2010 qui en donne une nouvelle. La sûreté y est définie désormais 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 fluctuant⁸. D'apparence large, cette définition est un miroir aux alouettes parce qu'elle est, techniquement, limitée aux sûretés réelles⁹. Elle accrédite la thèse selon laquelle toute définition de la sûreté est nécessairement vague¹⁰ ou celle selon laquelle il est impossible d'englober en une définition unique l'ensemble des sûretés¹¹.

Deux expressions se chevauchent également dans l'une ou l'autre des définitions : « sûretés » et « garanties ». Si ces mots sont parfois employés indistinctement, il ne faut pas en conclure qu'ils renferment les mêmes concepts. Le terme « garantie » consiste en toute mesure visant à assurer la sécurité de la formation ou de l'exécution des transactions¹². Ainsi en est-il par exemple de la promesse de porte-fort, de la stipulation pour autrui, de la clause de garantie du passif social, de celle d'inaliénabilité, de la solidarité, de l'obligation d'abstention (non-

⁸ On peut en relever quelques traits saillants : - la clarté et la précision étaient au rendez-vous : affectation « d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine », préférée à « moyens accordés ». Mais c'est sans compter avec le guet-à-pan du vice des détails ; - l'élargissement de l'assiette de la sûreté ne fait aucun doute : sûretés sur une obligation présente ou future, déterminée ou déterminable, conditionnelle ou inconditionnelle, que le montant soit fixe ou fluctuant ; cette déclinaison permet de constituer des sûretés sur des créances futures ou, plus généralement, sur des choses futures. - toutefois, le problème émergé porte sur la conciliation de la définition avec certaines sûretés, tel le droit de rétention prévu aux articles 50 et 68 de l'AUS, et le numerus clausus des sûretés réelles retenu. AGBENOTO Koffi Mawunyo, « Les évolutions récentes du droit des sûretés OHADA : morceaux choisis », *Op. cit.*, p. 4 ; « L'évolution des sûretés en droit OHADA », in SOSSA Cossi Dorothé (Mélanges en l'honneur de), *Droit et investissement, Tome I : Droit substantiel, Loc. cit.*

⁹ Quand on accorde une sûreté personnelle, le patrimoine n'est pas affecté en garantie d'une dette, c'est la personne du garant qui est mise en avant, ce n'est qu'en cas de non-paiement que son patrimoine est exposé ; dans ce sens, l'article 4, al. 1^{er} de l'AUS prévoit utilement que « les sûretés personnelles, au sens du présent acte uniforme, consistent en l'engagement d'une personne de répondre de l'obligation du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci ou à première demande du bénéficiaire de la garantie ». AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », in SOSSA Cossi Dorothé (Mélanges en l'honneur de), *Droit et investissement, Tome I : Droit substantiel, Cotonou, éditions du CREDIJ, 2021, note 28, numéro 8, p. 55.*

¹⁰ CHARTIER Yves, « L'évolution du droit des sûretés », *Rapport de synthèse*, in *Rev. jurisp. com.*, n° spécial, février 1982, p. 150 et s., selon lequel la conception large ne peut plus être rejetée ; CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PETEL Philippe, *Op. cit.*, n° 4, p. 2. AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *Ibid.*, note 29, p. 55-56.

¹¹ CABRILLAC-MOULY-PETEL, *Droit des sûretés*, n° 2, qui, cependant, avancent deux idées complémentaires : la sûreté augmente les chances de paiement à l'échéance, en affectant la valeur d'un bien, ou d'un groupe de biens ; THERY Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., n° 6, estime qu'une définition est soit inutile, soit impossible. Voir AYNES Laurent, CROCQ Pierre et AYNES Augustin, *Droit des sûretés*, Paris, 16^e édition, LGDJ, 2022, n° 2, p. 14.

¹² ANOUKAHA François, CISSE-NIANG Aminata, FOLI Messanvi, ISSA-SAYEGH Joseph, NDIAYE Isaac Yankhoba et SAMB Moussa, *Op. cit.*, n° 1, p. 1.



concurrence, non-rétablissement...), de la conversion d'une obligation de moyen en obligation de résultat, de la garantie des vices-cachés, etc. Quant à la sûreté, elle s'entend de tout moyen juridique destiné à éviter les inconvénients de l'insolvabilité du débiteur en donnant au créancier un second débiteur pour échapper au concours des autres créanciers ou un droit de suite pour poursuivre la réalisation du bien entre les mains de toute personne à qui le débiteur (de bonne ou de mauvaise foi) en aurait transféré la propriété¹³.

Les sûretés sont classées en deux groupes : il y a d'une part, les sûretés réelles et d'autre part, les sûretés personnelles. Seule la première catégorie intéresse cette réflexion. Mais là encore, l'on ne vise pas les sûretés réelles dans leur globalité. Elles sont, en effet, classées en fonction de l'objet sur lequel elles portent. Elles peuvent porter soit sur un bien isolé comme l'hypothèque sur un immeuble, le gage sur un véhicule ; soit sur une quantité de choses déterminées ; soit encore sur l'ensemble de l'actif du débiteur. Elles peuvent en outre être immobilières ou mobilières. Cette distinction est fondée sur la conception objective du bien, celui-ci se trouvant associé à la matière de la chose. C'est en vertu de cette conception que le code civil opère une classification des biens qui est fonction de cette matière, c'est-à-dire selon des différences physiques. La distinction fondamentale tient de ce fait, en celle des meubles et des immeubles. L'article 516 du Code civil l'énonce d'ailleurs comme une *summa divisio* ; tout ce qui ne relève pas d'une catégorie tombe dans l'autre, résiduelle. Elle repose sur un critère physique principal – *celui de la fixité au sol des immeubles, opposée à la mobilité des meubles* –, ainsi que sur un critère subsidiaire, physique également, celui du volume (important pour les immeubles). Davantage, on relève dans le Code civil une tendance à ce que la qualification d'immeuble, très valorisée, absorbe certains meubles : dès lors qu'ils font corps avec un immeuble, les meubles prennent cette qualification ; aux côtés des immeubles par nature, on trouve ainsi les immeubles par destination, qui sont des meubles attachés ou affectés à un immeuble, parmi lesquels on compte les animaux, les semences, les ruches, tous les éléments attachés à un terrain¹⁴, ainsi que les statues, miroirs, tableaux, ou autres objets scellés à un immeuble¹⁵. C'est justement sur cette catégorie de biens, en lien avec les sûretés, que la réflexion se focalise exclusivement.

L'intérêt d'une pareille qualification est de soumettre l'immeuble par destination mais aussi l'immeuble par nature auquel il est attaché à un sort commun. Il est certain que l'immobilisation par destination entraîne la soumission du meuble immobilisé aux nature et régime juridiques de

¹³ *Idem*.

¹⁴ Article 524 C. civ.

¹⁵ Art. 525, *Idem*.



l'immeuble auquel il est affecté, que cela porte sur les opérations translatives des droits réels immobiliers¹⁶, les opérations constitutives de sûretés réelles immobilières et, de fait, les droits des créanciers hypothécaires¹⁷. On parle de l'accessoire qui suit le principal. Par exemple, lorsque le propriétaire du fonds et celui de l'immeuble est la même personne, les biens mobiliers peuvent être fondus dans l'immeuble dans lequel est utilisé le fonds de commerce. Ils sortent donc de la composition de ce dernier, tout en y subsistant, matériellement inclus¹⁸.

C'est sûrement parce que l'hypothèque est la seule sûreté immobilière¹⁹ en droit OHADA. Les dispositions de l'acte uniforme de 1997 ont été quasiment reprises dans celui de 2010, avec des modifications qui ne remettent pas en cause ce principe. Aussi, peuvent être soumis à une hypothèque, les fonds bâtis ou non bâtis ainsi que leurs améliorations ou constructions réalisées, exclusion faite des meubles qui en constituent l'accessoire²⁰. On en déduit clairement que les immeubles par destination, qui sont des meubles par nature, ne sauraient faire l'objet d'une hypothèque. Mais, exceptionnellement, l'hypothèque peut porter sur des meubles, et alors il s'agit des meubles de très grande valeur (navire, aéronefs...)²¹. A cet égard, il convient de relever que le régime juridique d'une telle hypothèque fait l'objet de législation particulière²². A l'instar de ces biens particuliers, il paraît important de constater que d'autres biens meubles ont pris considérablement de la valeur et qu'il serait nécessaire de reconsidérer le traitement qui leur est fait jusque-là. La substitution de la valeur économique à la matérialité a permis d'accroître la valeur des biens en général, et particulièrement celle des meubles. En effet, au moment même où s'effectuait cette évolution, des objets matériels qui, jusqu'à récemment, ne pouvaient être considérés comme des biens pour des considérations généralement morales prenaient progressivement leur place dans l'univers des biens sous la pression, entre autres, du développement de la recherche scientifique²³.

¹⁶ Il peut alors s'agir de la vente, de la donation ou encore de l'apport en société ou en communauté.

¹⁷ Cette règle s'applique dans les rapports consécutifs à une indivision successorale comportant un fonds de commerce et un immeuble, lorsque le fonds de commerce est exploité dans cet immeuble (Rép. Comm. Dalloz, n° 80) et dans les rapports entre époux (Rép. Comm. Dalloz, n° 81).

¹⁸ Cela provoque une scission au sein du patrimoine du commerçant. Cf. REINHARD Yves, *Droit commercial*, 5^{ème} éd., Litec, 1998, p. 284 ; RIPERT Georges et ROBLOT René par GERMAIN Michel et VOGEL Louis, *Traité de Droit commercial*, Tome I, LGDJ, Paris, 17^{ème} éd., 1998, p. 419, n° 560.

¹⁹ L'hypothèque a longtemps été considérée comme la « reine des sûretés », en raison des avantages appréciables qu'elle confère au créancier, mais aussi du fait qu'elle est une sûreté immobilière. Voir PIETTE Gaël, *Droit des sûretés*, Paris, 16^e édition, Gualino, 2022/2023, n° 340, p. 137.

²⁰ Art. 192 al. 2 AUS.

²¹ AKANKOSSI DEGUENON Véronique et GUEDEGBE Samson Igor Bidossessi, *Droit des affaires – Droit des sûretés OHADA*, CREDIJ, Cotonou, 2^e éd., 2022, p. 153.

²² Art. 4, al. 4 AUS.

²³ NORMAND Sylvio, « Les nouveaux biens », *Revue du notariat*, Volume 106, numéro 2, septembre 2004, p. 179.



C'est donc à cause de ces évolutions constatées que la réflexion a été initiée, en vue de répondre à la question de savoir si l'exclusion des immeubles par destination des sûretés est toujours acceptable en droit OHADA ?

La finalité de cette réflexion est d'inciter le législateur OHADA à l'établissement de sûretés portant sur les immeubles par destination ; ce qui aura pour intérêt de contribuer à l'attractivité des sûretés réelles. On sait que par nature, ces dernières sont moins attractives que les sûretés personnelles²⁴. En effet, contrairement à ces dernières recherchées pour leur souplesse, leur simplicité et leur faible coût lors de leur mise en place²⁵, le mécanisme des sûretés réelles fait appel à plusieurs règles qui s'interfèrent²⁶. Cependant, les sûretés réelles présentent des avantages certains comme, entre autres, le fait pour celui qui s'engage, de limiter sa garantie à un bien déterminé contrairement à celui qui offre une sûreté personnelle et qui engage tout son patrimoine ; la possibilité de constituer plusieurs garanties sur le même bien à concurrence de sa valeur²⁷. Aussi, pour le créancier, la garantie porte sur un bien déterminé – *ce qui est utile lors de la réalisation en cas de non-paiement de la dette puisque ce bien sera saisi par priorité* – alors que celui qui bénéficie d'une sûreté personnelle doit subir le concours des autres créanciers puisqu'il n'a qu'un droit de gage général contre le garant²⁸.

Le problème des sûretés sur les immeubles par destination s'est déjà posé à propos du fonds de commerce. Une loi française du 17 mars 1909 attribue, en effet, à ce dernier une constitution exclusivement mobilière²⁹. En découle une règle constante selon laquelle, si le fonds de commerce est un bien meuble, par principe, des objets immobiliers ne peuvent y être inclus. Le principe de l'exclusion des immeubles par destination à l'assiette du fonds de commerce qui en est induit, priverait les créanciers du fonds d'une partie importante des garanties prises sur son contenu, au cas où le propriétaire de ce fonds l'est également de l'immeuble dans lequel il

²⁴ LABITEY Dalé Hélène, « Quel droit des sûretés réelles pour l'OHADA ? », *Revue Congolaise de Droit et des Affaires*, n° 6, *Ohadata D-12-48*, p. 39.

²⁵ N'DONINGAR Djimasna, *Réflexions sur l'efficacité des sûretés personnelles dans le droit uniforme issu du traité de l'OHADA*, Atelier National de Reproduction des Thèses - A.N.R.T., Parution : 15/01/2018 ; BIZOUABI Michel, « Le nouveau visage des sûretés personnelles dans l'espace OHADA », *Revue Droit et Patrimoine*, numéro spécial n° 197, nov. 2010, p. 60.

²⁶ Elles portent par exemple sur des biens dont le statut peut constituer un obstacle à leur efficacité, selon que la protection du droit de propriété est bien ou mal assurée ou que le régime de publicité mobilière ou immobilière est bien ou mal organisé. LABITEY Dalé Hélène, *Loc. cit.*

²⁷ KALIEU ELONGO Yvette, *Droit et pratique des sûretés réelles OHADA, Cameroun, coll. Droit uniforme*, Presses Universitaires d'Afrique, 2010, p. 9.

²⁸ *Idem.*

²⁹ Cf. notamment DERRUPE Jean, *Le fonds de commerce*, Dalloz, 1999 ; Michel PEDAMON, *Droit commercial, commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats commerciaux*, Précis Dalloz, 1998. Cf. également SAINT HARY Bernard et BOCCARA Martine, *Les garanties du crédit*, Ed. du J.N.A., 1995, p. 532. Voir REXAND-POURIAS Nathalie, « Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce », *In Revue juridique de l'Ouest*, 2001-4, note 1, p. 515.



exploite le fonds. Ecarter les immeubles par destination du contenu du fonds fragiliserait donc la cohérence de la notion de fonds de commerce au prétexte, précisément, de respecter sa définition juridique³⁰. Dès lors, les biens immobilisés et antérieurement inclus dans les éléments composant le fonds vident ce dernier d'une partie de son contenu, alors que l'immeuble en tire profit même s'il n'est, en soi, que le support de l'activité économique qui y est réalisée.

Autant cette règle paraît critiquable³¹ et fait l'objet d'atténuations légales³², autant l'exclusion générale des immeubles par destination l'est également. Cette exclusion peut s'analyser comme une réduction de chance de crédit. Elle est surtout en contradiction avec certaines pratiques observées dans les Etats OHADA, quand-bien-même ces pratiques seraient illégales. Le constat a été fait que, certaines institutions financières dans l'espace OHADA, pour l'octroi des crédits, exigent comme garantie de sécurisation du paiement, la conclusion d'un contrat de gage avec comme soubassement, un bien immeuble en lieu et place d'un contrat d'hypothèque³³. Cette pratique est en contradiction avec le principe « *pas de sûretés réelles sans texte issu de l'acte uniforme* »³⁴. Ce principe qui peut s'analyser comme une limite à la liberté contractuelle des parties, est consécutif à la technique de l'énumération législative des sûretés réelles³⁵. On doit noter à cet égard la rigueur de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA), dans l'appréciation des affaires liées aux sûretés. Dans un arrêt du 26 novembre 2020, la haute juridiction a, par exemple, reproché à un agent des sûretés l'absence d'indication de sa qualité

³⁰ *Idem*.

³¹ Voir notamment DERRUPE Jean, *op. cit.*, p. 98 ; RHEINARD Yves, *op. cit.*, p. 287 ; THIBIERGE Catherine, « Le concept de fonds de commerce et quelques observations relatives à certains éléments du fonds de commerce », *RTD Civ.*, 1962, p. 608.

³² Dans la loi du 30 décembre 1967, le législateur admet ainsi qu'« un élément immobilier figure pour la première fois dans la composition du fonds de commerce : la concession immobilière ». Cf. M. BOCCARA, « La concession immobilière », *JCP* 1969, 12245 ; JAUFFRET Alfred, *RTD Civ.* 1968, pp. 311 et 312. Cf. également F. STEINMETZ, « Les ventes immobilières et le droit commercial à la suite des lois du 13 juillet 1967 et du 9 juillet 1970 », *RTD Corn.* 1973, pp. 471 et s. ; DE JUGLART Michel et IPPOLITO Benjamin, *Traité de droit commercial*, par DU PONTAVICE Emmanuel et DUPICHOT Jacques, Tome I, Montchrestien, 1988, 4^{ème} éd., n° 153, p. 556.

³³ En République Démocratique du Congo, cela se traduit généralement par la remise au banquier des titres tels que le Livret de logeur, la Fiche parcellaire, etc. (Ces deux documents ne constituent nullement des titres de propriété immobilière en RDC. Au terme de l'article 219 de la Loi numéro 73-021 du 20 juillet 1973 portant Régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des sûretés, telle que modifiée et complétée par la Loi numéro 80-008 du 18 juillet 1980 Le droit de jouissance d'un fonds n'est légalement établi que par un Certificat d'enregistrement du titre concédé par l'Etat. La propriété privée des immeubles par incorporation, qui est toujours envisagée séparément du sol n'est légalement établie que par l'inscription sur le Certificat d'enregistrement établissant la concession du fonds desdits immeubles). Celui-ci se contente en contrepartie de conclure un contrat de gage avec l'emprunteur qui reçoit en suite le crédit bancaire sollicité. Voir TSHIMANGA KAZADI Olivier, « Les sûretés OHADA : Le sort d'une créance garantie par un gage portant sur un immeuble », p. 3-4, en ligne hiopABd920170606173212.pdf (rmkassocies.org), consulté le 27.12.2022 à 15h34.

³⁴ AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *Op. cit.*, n° 23, p. 61.

³⁵ LASSERRE-KIESOW Valérie, *La technique législative. Etude sur les Codes français et allemand*, LGDJ, Paris, 2002, p. 318.



dans le commandement aux fins de saisie au titre du prêt d'un *consortium*³⁶. Dans une autre affaire, elle a surtout pu juger que, la sûreté dont la réalisation est entreprise, improprement désignée « *cautionnement hypothécaire* », n'est rien d'autre qu'une affectation hypothécaire, constitutive d'une sûreté réelle, et que, par conséquent, la seule absence de la mention manuscrite ne constitue pas un manquement grave de nature à entraîner l'annulation d'un acte solennel passé par-devant notaire³⁷.

En outre, les réformes du législateur OHADA admettant, entre autres, le gage sans dépossession, il se dégage de nombreux facteurs qui devraient déterminer celui-ci à étendre le champ des sûretés aux immeubles par destination. Le refus d'aller à cette extrême est aussi passible de critique. La critique doit cependant être relativisée, en distinguant le type de sûreté à considérer. Si on peut affirmer que l'exclusion des immeubles par destination de l'hypothèque est encore acceptable (I), celle des immeubles par destination du gage est de plus en plus discutable (II).

I : UNE EXCLUSION ACCEPTABLE DES IMMEUBLES PAR DESTINATION DE L'HYPOTHEQUE

Il est un principe longtemps admis que, qu'elle soit générale ou spéciale, la sûreté immobilière porte effectivement, par le jeu de la spécialité de l'inscription, sur un immeuble déterminé³⁸. Cet immeuble constituant ce qu'on peut appeler le support fondamental de la sûreté a permis au législateur de préciser les immeubles aptes à jouer ce rôle. Mais en dépit de l'importance croissante des immeubles par destination, le législateur OHADA continue de ne les considérer que comme des accessoires des immeubles par nature³⁹. Il n'en demeure pas moins que le législateur dénie toute importance à ces types de biens. C'est d'ailleurs sur l'importance des immeubles par destination qu'il faut se fonder pour justifier leur exclusion de l'hypothèque. Un paradoxe apparent peut ressortir de la possibilité d'opérer des opérations juridiques exclusivement sur les immeubles par destination, mais il n'en est rien. Il convient donc de retenir que l'acceptation de l'exclusion des immeubles par destination de l'hypothèque

³⁶ CCJA, 2^e ch., Arrêt n° 344/2020 du 26 novembre 2020, *Affaire Société d'Hôtellerie, de Restauration et de Loisirs Bénin c/ Société Générale Bénin*.

³⁷ CCJA, 1^{re} ch., arrêt n° 359/2020, *Affaire La Société CBAO-Groupe Attijariwafa Bank, dite CBAO c/ La société Cheick Ahmadou Bamba NDIAYE et consorts*.

³⁸ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, *Droit des sûretés*, Litec, Paris, 7^e édition, 2004, n° 748, p. 627.

³⁹ Il est des meubles pouvant avoir une localisation fixe, de sorte que les sûretés qui les grèvent sont très proches de l'hypothèque. Certains portent le nom d'hypothèques maritimes, fluviale et aérienne et les meubles qui en sont grevés sont immatriculés, localisation fictive qui permet la publicité. Ces hypothèques relèvent d'un corps de règles originales et sont surtout utilisées dans le milieu commercial. Elles ne seront donc pas prises en compte ici. AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, Paris, 2^e édition, 2006, n° 518, p. 225.



est justifiée par l'importance des immeubles par destination (A), indépendamment de la possibilité d'opérations juridiques exclusives sur ces biens (B).

A/ UNE ACCEPTATION JUSTIFIEE PAR L'IMPORTANCE DES IMMEUBLES PAR DESTINATION

Le caractère accessoire des immeubles par destination semble être le seul critère sur lequel le législateur se fonde pour interdire toute possibilité de les soumettre aux sûretés, de façon exclusive. Son attention ne s'est pas trop focalisée sur l'importance que peuvent avoir, aujourd'hui, les immeubles par destination comme cela fut le cas des navires, aéronefs, objets spatiaux. C'est en effet, entre autres, en considération de l'importance de ceux-ci qu'il a pu classer ces biens au rang des immeubles et permettre la spécialisation des sûretés auxquelles ils peuvent être soumis. Mais, pour ce qui concerne les immeubles par destination, c'est leur importance de par leur nature et non de par leur valeur vénale qui soutient le choix du législateur. On considère alors la nature des immeubles par destination comme le critère retenu (1) et leur valeur vénale comme le critère exclu (2).

1. Le critère retenu : la nature des immeubles par destination

L'immeuble par destination, c'est-à-dire un meuble affecté à un immeuble auquel il s'incorpore ne peut pas, pris isolément, être grevé de sûreté⁴⁰. L'idée d'incorporation dont il est fait allusion mérite de retenir l'attention. Dérivée du verbe « *incorporer* », l'incorporation est une opération consistant à faire entrer une personne ou un bien dans une catégorie soumise à un régime déterminé⁴¹. Les immeubles par destination peuvent s'incorporer à un immeuble par nature suivant deux formes.

Premièrement, l'incorporation conduirait à fondre le bien à l'immeuble par nature lui-même de sorte que les deux soient indissociables. Tel sera le cas par exemple des fenêtres d'un appartement.

Dans un second temps, sans fixer le bien à l'immeuble par nature, celui-ci y sera incorporé pour servir à l'exploitation de l'immeuble par nature. Ainsi des machines destinées à l'exploitation d'une ferme agricole. Le cas échéant, il serait très aisé de distinguer les différents biens, sans nécessité de se tromper sur leur nature. Ce qu'il faudrait normalement considérer

⁴⁰ POUGOUE Paul-Gérard (dir.), *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 925.

⁴¹ CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Puf, 2011, p. 531.



pour qualifier un immeuble par destination, ce serait les conditions préalables que certains⁴² ont déterminées à cette fin : l'élément intentionnel et l'élément matériel.

Le propriétaire doit, en effet, avoir la volonté d'immobiliser le bien mobilier. Une telle qualification ne peut être retenue si les demandeurs ne rapportent pas la preuve que le propriétaire a eu l'intention d'immobiliser le bien meuble⁴³. Aussi est-il que cet acte d'affectation, voulu par le propriétaire, doit apparaître matériellement. La volonté n'est pas suffisante à elle seule⁴⁴.

En réalité, ce sur quoi l'on doit insister, c'est qu'en dépit de leur immobilisation, ne serait-ce que pour certains d'entre-deux, les immeubles par destination font l'objet d'exploitation sous forme mobilière. Dans ce cas, et compte tenu de leur nature, s'ils devraient être impliqués dans des contrats d'hypothèque, ils ne serviraient qu'à accroître l'assiette de l'hypothèque portant sur l'immeuble par nature dont ils sont les accessoires.

En plus, s'il est possible, en dépit de leur immobilisation, que des immeubles par destination fassent l'objet d'usage sous forme mobilière, on ne peut pas en conclure qu'ils peuvent faire l'objet d'hypothèque de façon exclusive. Le débat sur la destination et l'usage peut fonder une telle allégation. La destination ne se confond pas avec l'usage effectif de la chose : en tant que résultat permanent à atteindre, elle exprime un devoir-être⁴⁵. Derrière la multiplication de ses applications, se cache en conséquence une cohérence : la destination s'explique de manière récurrente par sa normativité, dans la mesure où elle est une condition de l'utilisation qui peut être faite des biens. Aussi, constitue-t-elle le référentiel à l'égard duquel s'ordonne l'utilisation de la chose. C'est là, le point de différence entre la destination et l'usage. La destination est une règle d'usage. Ou encore, la destination renvoie à ce qui doit être, alors que l'usage, c'est ce qui est.

On pourrait objecter qu'en gardant une posture radicale sur l'exclusion des immeubles par destination du fait de leur nature accessoire, le législateur n'a pas surtout jugé nécessaire de protéger un tant soit peu, le patrimoine du débiteur. Mais il n'en est rien. D'une part, le législateur OHADA n'a pas remis en cause les droits traditionnellement reconnus aux débiteurs constituants de jouir et de disposer de l'immeuble hypothéqué. D'autre part, le législateur a renforcé les pouvoirs du créancier, c'est-à-dire, qu'en plus du droit traditionnel de saisir

⁴² KAN-BALIVET Béatrice, « Les immeubles par destination », *Fiche pédagogique virtuelle*, 12 décembre 2010, [les_immeubles_par_destinationmaj.pdf](#), consulté le 08.03.2023, à 20h.

⁴³ Civ. 1^{ère}, 18 mars 1968.

⁴⁴ Civ., 27 juin 1944.

⁴⁵ BOFFA Romain « La destination et l'usage de l'immeuble, éléments de l'application d'un régime juridique », in *Droit et Ville*, Éditions Institut des Études Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement, 2015/2, N° 80, p. 20.



l'immeuble en cas de non-paiement, il lui a accordé le pouvoir, lorsque certaines conditions sont réunies, de demander l'attribution judiciaire, de même que la possibilité de conclure, suivant les exigences du législateur communautaire en la matière, un pacte commissaire avec le constituant. Mais, même dans ces cas, le législateur a pris des mesures de sauvegarde des intérêts du constituant. Par exemple, dans le cas de l'attribution judiciaire, celle-ci est subordonnée à l'estimation par un expert de la valeur de l'immeuble.⁴⁶ Telle est la substance de l'article 200 de l'AUS aux termes duquel « *Dans les cas prévus aux deux articles précédents, l'immeuble doit être estimé par expert désigné amiablement ou judiciairement. Si la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance garantie, le créancier doit au constituant une somme égale à la différence. S'il existe d'autres créanciers hypothécaires, il la consigne. Toute clause contraire est réputée non écrite* ». S'agissant de la mise en œuvre du pacte commissaire, le législateur OHADA a prévu des règles identiques à celle de l'attribution judiciaire. L'immeuble sera évalué par un expert désigné à l'amiable par les parties ou, à défaut, par le juge. Il aura pour mission de déterminer le prix de l'immeuble. Si le prix de l'immeuble excède le montant de la garantie du créancier hypothécaire, celui-ci sera tenu de verser au constituant une somme égale à la différence et s'il y avait d'autres créanciers hypothécaires, ce montant doit être consigné par le créancier⁴⁷. Il faut donc espérer que le reliquat qui lui sera éventuellement versé profite au débiteur ou au constituant de façon générale, pour continuer ses activités. Les chances pour le constituant d'obtenir cette différence peuvent être augmentées par la présence d'immeubles par destination dont la valeur n'est pas négligeable. Le législateur a cependant exclu le critère lié à la valeur vénale des immeubles par destination.

2. Le critère exclu : la valeur vénale des immeubles par destination

On peut concevoir que jusqu'à une période donnée de l'histoire, le législateur ait considéré que la valeur vénale des immeubles par destination soit très négligeable par rapport à celle des immeubles par nature. Mais aujourd'hui, même si ce critère est exclu des conditions d'assujettissement des immeubles par destination aux sûretés, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ont gagné en importance. Les immeubles par destination peuvent prendre une valeur inestimable au point de supplanter la valeur des immeubles par nature qui leur confèrent leur nature immobilière. On pourrait envisager que le législateur puisse s'appuyer sur les arguments qui avaient milité en faveur de l'attribution de la nature d'immeubles aux navires, aéronefs et autres. Comme l'a affirmé un auteur, les navires et les aéronefs sont les meubles qui font mentir

⁴⁶ Art. 200 AUS.

⁴⁷ Art. 200 al. 2. Voir YONDO BLACK Lionel, *op. cit.*, n° 450, p. 296.



l'adage « *res mobilis res vilis* » (chose mobilière, chose vile) selon lequel les meubles sont des biens de peu de valeur⁴⁸. Ces meubles immatriculés sont des biens dont la valeur vénale est tellement importante que les navires ont pu être qualifiés de « *fortunes flottantes* »⁴⁹, compte tenu de leurs financements nécessitant très souvent l'obtention de prêts ainsi qu'un paiement échelonné sur une longue période. Outre leur valeur importante, ainsi que la difficulté à les dissimuler, ces biens meubles disposent d'un point de rattachement juridique et administratif fixe⁵⁰. Le navire, le bateau ou l'aéronef disposent d'un port ou d'un aéroport d'attache, dans lequel sont effectuées toutes les formalités qui leur sont relatives. Ainsi, l'hypothèque d'un navire sera publiée au registre des sûretés mobilières du lieu d'enregistrement du navire, quelle que soit la localisation physique de ce dernier⁵¹. Le dernier critère de fixité des navires et aéronefs marque cependant une différence fondamentale de ceux-ci d'avec les immeubles par destination et justifie l'impossibilité de les soumettre à l'hypothèque de façon exclusive.

Une autre piste qui aurait pu paraître intéressante est que la prise de valeur des immeubles par destination coïncide avec l'évolution de la conception du bien qui ne repose plus seulement sur un critère physique. En rapport avec les personnes et l'intérêt qu'elles dessinent, le bien renvoie désormais à une première composante, économique, à savoir à une valeur : tout élément que les personnes regardent avec désir et intérêt, qu'elles considèrent comme utile, qu'elles envisagent comme une valeur, a vocation à être qualifié de bien⁵². Selon certains auteurs, la remise en cause de la définition physique du bien par la dématérialisation des richesses pouvait laisser penser, en premier lieu, que la classification des biens assise sur des critères physiques sortirait minimisée de l'évolution⁵³. En effet, la multiplication et le développement de valeurs incorporelles auraient pu pousser le droit à relativiser la pertinence de la distinction traditionnelle des meubles et des immeubles ou, au moins, sa rigueur en tant que *summa divisio* : sans *corpus*, ces valeurs ne sont, à proprement parler, ni des meubles, ni des immeubles et auraient pu être laissées en dehors de cette classification⁵⁴. Par ailleurs, la distinction des immeubles et des meubles est devenue poreuse : on peut « mobiliser » un immeuble, par exemple, c'est-à-dire constituer autour de lui une société civile et répartir entre les associés les

⁴⁸ MONNET Amithisse, *La mise en œuvre des sûretés réelles en droit international et européen. L'exemple des navires et aéronefs*, th. Droit, Université Paris-Est, 2017, n° 40, p. 34.

⁴⁹ Ministre du commerce de la III^{ème} République GRIVART, rapport adressé au parlement sur le projet de loi instituant l'hypothèque maritime, Duvergier, 1874, p. 412. MONNET Amithisse, *ibid.*, 2017, n° 33, note 51, p. 31.

⁵⁰ PIETTE Gaël, *op. cit.*, n° 352, p. 140.

⁵¹ *Idem.*

⁵² ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, Paris, 1^{ère} édition, Puf, 2011, n° 12, p. 223.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ *Idem.*



valeurs mobilières qui en représentent la valeur. Si ces allégations étaient approuvées, il y aurait indubitablement aussi un bouleversement des sous-classifications faites à l'intérieur des immeubles et des meubles. Ça aurait pu être l'occasion pour les immeubles par destination de prendre leur autonomie par rapport aux immeubles par nature. Ce qui en faciliterait leur soumission aux sûretés. Le droit a finalement conservé l'opposition en utilisant le procédé de la fiction. D'une part, il assimile, ce depuis fort longtemps, les biens immatériels que sont les droits à l'objet matériel sur lesquels ceux-ci portent : par assimilation, est ainsi un meuble le droit portant sur un meuble ; est immeuble, le droit portant sur un immeuble. Par extension alors, on peut aisément déduire que, quelle que soit sa valeur vénale, le droit portant sur un immeuble par destination sera un immeuble par destination ; ce qui le rendra impossible d'être soumis de façon exclusive à une hypothèque. Les critiques dont a fait l'objet cette transposition de la grande division des biens n'a pas eu d'effets, les biens immatériels, ayant toujours été rangés suivant ce principe. On en conclut que les immeubles par destination, du fait de leur caractère accessoire, qu'ils soit corporels ou incorporels, et nonobstant leur valeur vénale, sont exclus des sûretés. La possibilité de réaliser des opérations juridiques exclusives sur ces biens ne remet pas en cause cette exclusion.

B. UNE ACCEPTATION INDEPENDANTE DE LA POSSIBILITE D'OPERATIONS JURIDIQUES EXCLUSIVES

Indépendamment de leur caractère accessoire, il n'est pas exclu que des immeubles par destination soient l'objet d'opérations juridiques, sans que celles-ci portent principalement et préalablement sur l'immeuble par nature qui leur confère le statut immobilier. Ces opérations sont diverses selon la doctrine (1) et la jurisprudence assure une application rigoureuse du principe quand les immeubles par destination sont impliqués dans des sûretés (2).

1. UNE DIVERSITE DES OPERATIONS SELON LA DOCTRINE

La vente des immeubles par destination ne semble, *a priori*, possible, que dans le cadre d'une saisie. Mais, rien n'empêche d'envisager la possibilité d'une vente ordinaire, en l'absence de toute procédure judiciaire, voire d'autres opérations.

Dans le premier cas de figure, la saisie d'un immeuble par destination nécessitera sa transformation ou plus précisément sa reconversion préalable en meuble. Selon une formule⁵⁵, lorsque le propriétaire des biens incorporés au sol les aliène avec l'accord que ces biens devront

⁵⁵ Voir TRUDEL Gérard, *Traité de droit civil du Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1942, t. 3, p. 33



être séparés du fonds, ils se transforment en meubles par anticipation. On estime, comme ils sont destinés à être séparés du sol, que les parties leur donnent déjà un caractère de meubles et de ce fait, les traitent comme tels⁵⁶.

C'est donc en considération de sa nature originelle, qu'un immeuble par destination, objet éventuellement d'hypothèque par accession peut être saisi, voire être réalisé pour désintéresser les créanciers bénéficiaires de ladite sûreté. Une condition supplémentaire pourrait être ajoutée, à savoir que les immeubles par destination peuvent être saisis à condition que cette saisie n'altère les biens. Le terme « les biens » renvoie évidemment d'une part à l'immeuble par destination et d'autre part, à l'immeuble par nature dont il dépend.

Il faut davantage envisager les cas de la vente des immeubles par destination, en l'absence de toute procédure judiciaire. Ces biens étant la propriété du titulaire du droit de propriété sur l'immeuble par nature dont ils dépendent, interdire qu'ils fassent l'objet de transaction de la part de celui-ci peut être réducteur de son droit de propriété. Heureusement, aucune disposition ne va dans ce sens. Mais on ne peut pas en conclure, contrairement à ce qu'on aurait pu souhaiter, qu'il serait possible de grever ces types de biens de sûretés, en l'occurrence à l'hypothèque. Le fait de limiter la possibilité de leur vente aux seules circonstances de saisie est difficilement soutenable. Le cas échéant, on peut aussi se demander si la vente d'immeuble par destination donne droit à un privilège au vendeur. Il est reconnu, de façon générale, un privilège au vendeur d'immeuble. La propriété de l'immeuble n'était en effet transférée à l'acheteur qu'après paiement du prix, ce qui suffisait à protéger le vendeur, sauf l'hypothèse où il accordait un terme et où la propriété était transférée immédiatement⁵⁷. Dans ce cas, la pratique avait imaginé d'insérer dans l'acte de vente une clause dans le patrimoine de l'acheteur. De là, cette clause qui est devenue un "style" et est considérée comme un sous-ensemble, avait introduit une sûreté automatique dans laquelle on retrouve tous les traits du privilège actuel. S'agissant du cas particulier d'un immeuble par destination, auquel on associe aisément celui d'un meuble par anticipation, sa vente ne donnerait pas naissance au privilège du vendeur d'immeuble mais à celui du vendeur de meuble, puisque le bien transféré est considéré comme un bien mobilier⁵⁸.

Outre la vente, les immeubles par destinations peuvent faire l'objet d'autres opérations juridiques tels que la donation, le legs, la location. Ce sont certainement les mêmes règles que celles décrites ci-dessus à propos de la vente, qui régiront ces différentes opérations. Rien ne

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine et PETEL Philippe, *op. cit.*, n° 757, p. 632.

⁵⁸ *Ibid.*, n° 758, p. 633.



devrait finalement limiter le propriétaire des immeubles par destination, dans le choix de l'opération qu'il souhaiterait réaliser sur ces biens, dans la mesure où son droit de propriété ne ferait l'objet d'aucun doute. La force du caractère absolu de la propriété se manifesterait ainsi. L'arrêt n° 059 rendu par la Cour d'appel de Ouagadougou le 21 novembre 2008, permet d'illustrer le cas de la location⁵⁹. En l'espèce, une dame assistée de son conseil, a fait assigner une autre, en paiement d'une indemnité d'éviction. Dans les faits, la requérante rapporte qu'elle a conclu deux contrats avec un tiers. Le premier contrat était relatif à un bail commercial⁶⁰ d'immeuble pour un montant mensuel donné et le second contrat portait sur la location de matériels destinés à l'usage dudit immeuble en contrepartie d'un montant précis⁶¹. Cet arrêt prouve donc que le juge lui-même admet que les immeubles par destination puissent faire objet d'une opération distincte, indépendamment de celle de l'immeuble qu'ils servent.

L'apparente simplicité avec laquelle on peut soumettre les immeubles par destination à des opérations juridiques, est confirmée par la veille rigoureuse en matière jurisprudentielle.

2. UNE APPLICATION JURISPRUDENTIELLE RIGOREUSE

Parfois, la séparation de l'immeuble par destination d'avec l'immeuble par nature peut poser des difficultés de qualification de la part des juges. Faut-il le rappeler, pour distinguer les immeubles des meubles, le Code civil pose un critère matériel : les uns se caractérisent par leur fixité ; les autres, par leur mobilité. La catégorie des immeubles par destination heurte quelque peu ce critère, puisqu'elle fait jouer un rôle actif à la volonté des parties, autrement dit, à un critère intellectuel. Il s'agit de choses mobilières traitées intellectuellement comme des immeubles en raison du lien les unissant à un immeuble par nature. On peut ainsi considérer que dans certains cas, l'attache à perpétuelle demeure d'un meuble par un propriétaire peut révéler une manifestation de volonté de ce dernier d'immobilisation par destination. Il faut pouvoir alors déterminer l'étendue de cette volonté, c'est-à-dire si elle suit la chose quelles que soient les manipulations qui pourraient en être faites. Et c'est avec une rigueur sans pareille que les juges, tant en droit OHADA qu'en droit comparé, s'assurent du respect de la nature des immeubles par destination dans les différentes opérations où ils sont impliqués.

⁵⁹ Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Commerciale (Burkina Faso), arrêt n° 059 du 21 novembre 2008, COMPAORE Née GRÜNER Hans Yvette c/ SIMPORE née GNINGNIN Téné Rasmata.

⁶⁰ Ce sont les termes employés dans l'arrêt, même si l'expression actuellement utilisée est celle du bail professionnel.

⁶¹ Cour d'appel de Ouagadougou, Chambre Commerciale (Burkina Faso), arrêt n° 059 du 21 novembre 2008, COMPAORE Née GRÜNER Hans Yvette c/ SIMPORE née GNINGNIN Téné Rasmata.



En droit OHADA, l'arrêt de la Cour d'appel de Ouagadougou cité ci-dessus est encore intéressant à rapporter à titre d'illustration. Dans cette espèce, après avoir rappelé la disposition de l'article 517 du Code civil relative aux différents types de biens immeubles et celle de l'article 524 alinéa 1 et 3 aux termes duquel « *les objets que le propriétaire d'un fond y a placés pour le service et l'exploitation de ce fond sont immeubles par destination ; sont aussi immeubles par destination, tous les effets que le propriétaire a attachés au fonds à perpétuelle demeure* », le juge conclut que « *les deux contrats rentrent dans le cadre des articles sus-cités, et qu'il convient de déclarer que le régime juridique applicable au bail commercial de l'immeuble (par nature) est le même que celui applicable à la location de matériel (immeuble par destination)* ».

En droit comparé français, dans un arrêt de la 1^{ère} chambre civile de la Cour d'appel de Lyon, rendu le 13 mars 2012, une promesse de vente est conclue en 1999 sur une propriété comprenant spécialement le tableau Salambô du peintre Jean-Paul S. Quelques mois après, le tableau est volé, puis le promettant, une personne morale (une commune en l'occurrence), constate dans l'acte définitif de vente avec l'acquéreur, une SCI, la disparition du tableau. Il affecte alors en nantissement une somme d'argent pour garantir son engagement à réparer les troubles constatés. Plus tard, en 2001, a lieu une vente publique au cours de laquelle le tableau est adjugé à un autre acquéreur. La SCI assigne donc ce nouvel acquéreur et le commissaire-priseur qui a mis le tableau en vente non seulement en restitution du tableau mais aussi en indemnisation de son préjudice. Par un jugement du 28 septembre 2005, le Tribunal de Grande Instance de Lyon déboute la SCI de sa demande, au motif que cette dernière, n'ayant jamais été propriétaire du tableau, n'avait aucun intérêt à agir. La commune exerce quant à elle, une action en revendication mobilière visant le nouvel acquéreur, et également une action en indemnisation contre le commissaire-priseur. Mais, elle est déboutée par le jugement du Tribunal de Grande Instance du 12 novembre 2009 ; la juridiction, ayant retenu une qualification mobilière du tableau, estime que l'action en revendication était ouverte pour trois ans, et est par conséquent prescrite.

Comme on peut le relever, dans ce cas d'espèce, l'origine immobilière du tableau ne faisait aucun doute, puisqu'il avait été « *spécialement et volontairement* » fixé à perpétuelle demeure dans l'escalier d'honneur d'un château. Ayant été par la suite détaché de l'immeuble, le bien redevient un meuble par nature. La Cour d'appel saisie du recours suit la tendance objectiviste de la Cour de cassation : un immeuble par destination, du fait de son enlèvement de l'immeuble auquel il est fixé, recouvrera, logiquement, sa nature de meuble. Certes, la solution apparaît bien pragmatique ; mais ce pragmatisme ne serait pas très opportun quand elle analyse un vol



suit d'une vente publique en un « *détachement matériel et juridique* », et ce pour deux raisons. En premier lieu, parce qu'elle ne justifie pas cette analyse au sens de l'article 525 du Code civil qui exige, en plus de l'unité de propriétaire, que le bien attaché à perpétuelle demeure ne puisse être détaché sans être fracturé ou détérioré, ou sans briser ou détériorer la partie du fond auquel il est rattaché. En second lieu, parce que si le bien a été détaché, il l'a été en l'absence de la volonté de l'ancien propriétaire, d'autant qu'il s'agissait d'un vol. La Cour d'appel devait donc trancher entre une tendance favorable à la volonté de l'ancien propriétaire et une tendance objectiviste, celle-là même que la Cour de cassation traduit lorsqu'elle affirme que « *la nature mobilière ou immobilière d'un bien est définie par la loi, et la convention des parties ne peut avoir d'incidences à cet égard* »⁶². C'est donc sans surprise, que la Cour d'appel observe que les immeubles par destination ont une nature que seul un acte matériel de séparation peut changer que cet acte matériel consiste en un vol ou pas. On est tenté d'analyser cette déduction jurisprudentielle comme la manifestation d'une remise en cause de l'importance de la volonté du propriétaire sur la destination du bien. Le cas échéant, la mutation de nature de l'immeuble par destination en meuble par nature, au moment de la réalisation de celui-ci, permet juste de constater que la volonté a eu le temps de produire ses effets avant ce moment. Il ne pouvait surtout en être autrement, à partir du moment où le but est de pouvoir faciliter les actions ou les opérations sur le seul bien immeuble par destination, indépendamment de l'immeuble par nature auquel il est rattaché. Mais, on peut aussi soutenir que le refus de reconnaissance du caractère immobilier du bien, parce que la destination a été changée contre la volonté du propriétaire, est une source d'insécurité juridique pour celui-ci. Il aurait été idéal, si l'immobilisation a été la résultante d'une volonté manifestée sans équivoque, que ce soit également par une volonté de même caractère que la destination soit changée. Par conséquent, la position du juge qui refuse toute prise en compte de la destination initiale du bien et impose le changement de nature d'immeuble par destination en meuble par nature est critiquable.

Dans un autre sens, et toujours en droit comparé, peut-être inverse, le sort des immeubles par destination n'a pas toujours été dépendant de celui de l'immeuble par nature. Dans un arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation française rendu le 8 juin 1982, la haute juridiction affirmait que : « *Le caractère d'immeubles par destination a été à bon droit refusé tant à des tablettes de radiateur en marbre dont les juges du fond remarquent qu'elles étaient naturellement posées sur les pistons qui avaient été mis en place par le vendeur de l'immeuble, qu'elles étaient interchangeables et aussi non indispensables à l'utilisation des lieux qu'aux*

⁶² Cass. civ. 3^e, 26 juin 1991, D. 1993.3, note I. Freij-Dalloz, JCP, 1992.II.21825, note Barbièri, RTD civ., 1992.14, obs. F. Zénati.



équipements ménagers de la cuisine, qui sont constitués par des meubles standards fabriqués de façon industrielle dont il n'était pas déduit que l'enlèvement ait entraîné leur cassure ou une détérioration de l'immeuble. C'est aussi souverainement que pour repousser également de considérer comme immeuble par destination un élément de bar, la Cour a retenu que le montage en bois dudit bar pouvait être soulevé et que le lavabo était posé sur un châssis en bois non fixe »⁶³. Ce qu'il a été relevé dans cette espèce est que les immeubles par destination ne sont pas une partie nécessaire (ou essentielle) du bâtiment. Ils ne seraient que des accessoires servant juste à le rendre plus utile ou plus agréable⁶⁴. En conséquence, leur séparation ne ferait pas perdre à l'immeuble son utilité⁶⁵. L'intention d'affecter ces meubles au service du fond doit d'abord résulter de la volonté du propriétaire qui se révèle, ensuite, par des signes matériels manifestes ; l'absence de ces éléments empêche l'acheteur de les acquérir. Ainsi, dans cette espèce, une attention est fixée sur la volonté du propriétaire, contrairement au premier arrêt pour lequel, le juge de la Cour d'appel ne focalise aucunement l'attention sur la volonté, se contentant juste de rappeler la primauté de la loi sur la volonté ; ce qui peut d'ailleurs être discuté. S'il est admis que la volonté n'est pas, à elle seule, suffisante, pour conférer la nature immobilière à un immeuble par destination, rien ne justifie également que la matérialité de l'immobilisation soit aussi exclusivement suffisante. C'est la loi qui confère à la volonté sa force et son aptitude à créer des immeubles par destination. Cette loi ne saurait alors produire efficacement son effet indépendamment de la volonté du propriétaire.

Au final, il faut retenir que c'est la nature originelle des immeubles par destination qui l'emporte sur la volonté de celui qui les a destinés. C'est la persistance de cette nature originelle dans les différentes opérations juridiques dont peut être l'objet cette sous-catégorie de bien qui permet de confirmer et de continuer par soutenir l'exclusion des immeubles par destination de l'hypothèque en droit OHADA. Quant à l'exclusion des immeubles par destination du gage, elle est, de plus en plus, discutable.

II : Une exclusion discutable des immeubles par destination du gage

Le législateur OHADA semble se murer derrière l'exclusion des immeubles par destination de l'hypothèque pour refuser d'explorer d'autres voies de soumission de cette sous-catégorie de biens aux sûretés. Pourtant, les préalables sont quasiment réunis pour l'orienter et rendent discutable le choix du législateur d'exclure les immeubles par destination du gage en droit

⁶³ Gaz. Pal. 1982.2. Panorama, p. 351, note A.P. *Rev. Trim. de Droit civil*, 1983, p. 557, obs. Giverdon.

⁶⁴ ROZES Louis, « Immeubles par destination », In *Droit et Ville*, tome 17, 1984, p. 3.

⁶⁵ GUINCHARD Serge, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. Nerson, L.G.D.J., 1976, n° 45.



OHADA. Entre autres, depuis la réforme de 2010, le législateur OHADA a modifié considérablement le régime juridique du gage en revenant sur le critère traditionnel de différenciation entre le gage et le nantissement. Ainsi, sont prévus des régimes spéciaux de gage : il s'agit du gage de matériel professionnel (outillage et matériel professionnel), du gage de véhicule automobile (véhicule terrestre à moteur) et du gage de stock (matière première, stock de produits agricoles, stock de produits industriels, marchandise à vendre – bordereau de stock). De façon plus générale, l'ensemble de ces changements peut être analysé comme constituant des prémisses d'une ouverture du gage des immeubles par destination. A la question des éventuelles difficultés que cela pourrait générer, il n'est pas impossible de trouver des moyens de leur gestion. En d'autres termes, la discussion se fait respectivement à travers l'existence des prémisses du gage des immeubles par destination (A) et à travers la possibilité de gestion des conséquences qui découleraient de la consécration de cette sûreté (B).

A/ UNE DISCUSSION A TRAVERS L'EXISTENCE DE PREMISSES DU GAGE DES IMMEUBLES PAR DESTINATION

En droit comparé, la validité du gage d'immeubles par destination a été expressément consacrée en France⁶⁶. Le législateur OHADA aurait pu précéder son homologue français depuis la réforme de l'AUS intervenue en 2010, ce qui n'a pas été le cas. On peut cependant lire dans certaines dispositions de ce nouvel Acte uniforme, des signes annonciateurs du gage des immeubles par destination, à travers, entre autres, la consécration du gage sans dépossession. Certes, le législateur n'y a pas réservé, pour le moment, un paragraphe spécifique, mais les références qu'il y fait permettent aisément d'affirmer qu'il s'agit d'une réelle consécration du gage sans dépossession. De ce fait, il est indispensable de préciser que ces prémisses sont liées au gage sans dépossession (1), indépendamment de la controverse qui s'élève relativement à la nature du gage (2).

1- LES PREMISSES LIEES AU GAGE SANS DEPOSSESSION

Le législateur n'a pas disposé spécifiquement sur les conditions de validité du gage sans dépossession. Ce qui permet d'affirmer d'office que celles-ci sont identiques aux conditions de

⁶⁶ Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021 portant réforme du droit des sûretés, JO 16 sept. 2021 Voir art. 2334 C. civ. français. Inspirée des régimes spéciaux (v. par ex., C. com. fr., art. L. 525-8 et C. rur. fr., art. L. 342-1, al. 2), appelée de ses vœux par la pratique et la doctrine (v. entre autres, PELLIER Jean-Didier, « Réflexions sur le gage ayant pour objet un immeuble par destination ou un meuble par anticipation », D. 2020. 1236) la disposition de l'article 2334 du Code civil français procède à un élargissement de l'assiette du gage.



validité du gage de droit commun. Ces conditions se rapportent respectivement tant au fond qu'à la forme du contrat de gage.

Au fond, les conditions que doivent remplir les parties au contrat de gage posent moins de problème que celles liées à l'objet de ce contrat. Les parties doivent seulement avoir la capacité de s'obliger et le constituant du gage doit, en outre, avoir la capacité d'aliéner l'objet, bien que le transfert ne porte pas uniquement sur la propriété mais uniquement la possession ; car le gage expose à la vente ou à la perte du meuble⁶⁷. Quant à son objet, le gage peut porter sur toute espèce de meuble, à la condition qu'il soit dans le commerce, faute de quoi il ne pourrait être réalisé. L'assiette du gage peut consister en un meuble présent, en un meuble futur, en un ensemble de meubles présents et/ou futurs⁶⁸, en un meuble individualisé ou en une chose fongible⁶⁹. L'innovation portant sur le gage de choses futures est intéressante à plus d'un titre, y compris dans la constitution éventuelle de gage sur les immeubles par destination. Selon la nature de certains biens, le créancier pourrait voir l'assiette de la sûreté qui lui est accordée s'accroître dans le temps, les fruits susceptibles d'être générés par ces biens pouvant être intégrés dans cette assiette. Tel sera le cas, notamment, du gage constitué sur du bétail immobilisé dans une ferme agricole. La chose future devant être identifiée dans l'acte constitutif par sa nature ou son espèce et la quantité des biens engagés, les parties peuvent naturellement décider d'y intégrer ses fruits. Le gage serait alors valide dès l'instant où les biens futurs entreraient dans le patrimoine du constituant ou viendraient à exister, et ils seraient grevés du gage, sans nouvelle formalité.

La mise en gage des droits de propriété intellectuelle était difficile, compte tenu de l'exigence de remise de la chose au créancier. La consécration du gage sans dépossession marque également un tournant pour cette catégorie de biens. On peut envisager que les parties peuvent désormais se passer, un tant soit peu, des régimes spécifiques institués de façon éparse par certains Etats de l'OHADA⁷⁰. La consécration du nantissement des droits de propriété intellectuelle⁷¹, définit comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une

⁶⁷ AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Op. cit.*, n° 504, p. 210.

⁶⁸ Art.93 AUS : « Le gage peut être constitué en garantie d'une ou de plusieurs créances présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables ».

⁶⁹ Art.102 AUS.

⁷⁰ Tel est le cas notamment de l'Accord de Bangui, applicable dans certains pays de l'OHADA, qui prévoit que différents droits de propriété intellectuelle (droits d'auteur et surtout de de propriété industrielle) peuvent faire l'objet de gage dans les conditions prévues par cette convention et ses annexes. KALIEU ELONGO Yvette, *Op. cit.*, p. 87.

⁷¹ Outre le nantissement des droits de la propriété intellectuelle, le législateur a prévu le nantissement de plusieurs autres meubles incorporels, sans être exhaustif. Il s'agit notamment des créances, du compte bancaire, des droits d'associés, des valeurs mobilières et du compte de titres financiers ; du fonds de commerce (voir art. 126 AUS). A propos du cas spécifique du fonds de commerce, il a été affirmé qu'il s'agit bien d'une forme de gage sans



obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs, tels que des brevets d'invention, des marques de fabrique et de commerce, des dessins et modèles⁷², permet d'affirmer une généralisation de la pratique de gage sur les meubles incorporels dans l'espace OHADA. Aussi, comme dans le cas des meubles corporels faisant l'objet d'immobilisation par destination et pour lesquels il est possible d'étendre l'assiette de la garantie par intégration ultérieure des fruits qui en ressortent, le nantissement de droits de propriété intellectuelle peut s'étendre, sur convention des parties, aux accessoires et aux fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle objet du nantissement⁷³.

On note dans ces prévisions, le souci constant du législateur d'étendre davantage le champ des sûretés réelles. Il suffira alors pour les parties au contrat de gage sur les immeubles par destination d'observer de façon stricte le formalisme prescrit, selon chaque cas, pour une meilleure jouissance de ces sûretés. Les intérêts en jeu et la nature des biens, à savoir une fois encore les immeubles par destination, ne permettent déjà pas aux parties de choisir la forme qu'il leur conviendra de donner à leur convention. Le gage sur les immeubles par destination suit en effet le même régime que celui du gage de droit commun pour lequel l'écrit est exigé « à peine de nullité »⁷⁴. Par ailleurs, la publicité sera déterminante, pas nécessairement comme condition de validité du contrat de gage sur les immeubles par destination, mais plutôt pour le règlement d'éventuels conflits entre les différentes parties qui auraient d'intérêts opposés⁷⁵. Il faut donc analyser la portée de la consécration du gage sans dépossession pour mieux envisager les modalités de règlement des éventuelles difficultés susceptibles de naître de l'institution du gage sur les immeubles par destination en droit OHADA.

2- LES PREMISSES INDEPENDANTES DES CONTROVERSES

Le problème majeur que pose le gage sans dépossession est celui de la nature de cette sûreté. S'agit-il toujours d'une sûreté réelle ? Si non dans quelle catégorie faut-il ranger le gage sans dépossession ?

Selon l'analyse classique, qui remonte au droit romain, la remise de la chose au créancier gagiste ou à un tiers convenu était une condition de validité du contrat dont la méconnaissance

dépossession qui fonctionne comme une véritable hypothèque qui était régie dans le contexte français par la loi du 17 mars 1909 rendue applicable par le décret du 26 juillet 1932 (Voir POUGOUE Paul-Gérard (sous la direction de), *Encyclopédie du droit OHADA*, éd. Lamy, Paris, 2011, p. 861.

⁷² Art.156 AUS.

⁷³ Art. 159 AUS : « Le nantissement de droits de propriété intellectuelle ne s'étend pas, sauf convention contraire des parties, aux accessoires et aux fruits résultant de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle objet du nantissement ».

⁷⁴ Voir Art. 96 AUS.

⁷⁵ Voir infra, B. 1.



était sanctionnée par la nullité, parce que le gage serait un contrat réel⁷⁶. La tradition devait en effet être réelle, apparente et caractéristique de la volonté de constituer un gage⁷⁷. En conséquence, en l'absence de remise, il n'y avait pas de gage, tout au plus il pouvait y avoir promesse de gage et il en résultait une obligation de transférer ultérieurement la possession⁷⁸. Mais l'introduction du gage sans dépossession dans la législation OHADA a fait naître des critiques sur cette conception de la nature réelle du seul gage avec dépossession. On peut estimer que la nature réelle du gage ne dépend pas de la remise ou non de la chose au créancier. La remise de la chose ne serait davantage plus une condition de validité, mais plutôt une condition d'opposabilité du contrat de gage aux tiers. Certains ont qualifié ce changement de la fonction de la remise de la chose comme un « *déclassement* » de la dépossession en une simple condition d'opposabilité⁷⁹. Le « *déclassement* » ainsi opéré emportait pour le législateur, la nécessité de trouver une modalité adéquate pour rendre le gage sans dépossession opposable. Pour ce faire, il ne fallait pas voir dans la réforme opérée par le législateur, la coexistence de deux gages différents, mais plutôt, un seul et même gage, pour lequel coexistent deux formalités d'opposabilité : la remise de la chose pour le gage avec dépossession ; et l'inscription au RCCM, qui sera utilisée essentiellement pour le gage sans dépossession⁸⁰. Certains ont pu estimer de ce fait que, l'inscription au RCCM est la seconde modalité du gage ou mieux l'alternative à la dépossession du constituant ; et que, l'institution de cette modalité fait disparaître le caractère réel du contrat de gage⁸¹. D'autres en ont également conclu qu'« *alors que le contrat (de gage) était quasiment le dernier spécimen de la famille des contrats réels, il s'en détourne à son tour* »⁸².

Par ailleurs, si la remise de la chose ou du bien ne peut intervenir qu'en cas de gage avec dépossession, il n'est pas impossible d'envisager que celui-ci puisse aussi faire l'objet d'inscription au RCCM. Tel sera par exemple le cas, lorsque la chose est finalement remise au

⁷⁶ Cass. Civ., 18 mai 1898, DP, 00.I.481 ; S., 98.I.433, n. LYON-CAEN Charles : « En droit, le contrat de gage étant un contrat réel, il est de l'essence même de ce contrat que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tiers convenu ; l'accomplissement de cette condition est nécessaire entre les parties elles-mêmes pour que le créancier puisse se prévaloir des effets du contrat à l'encontre de son débiteur ». Cf. aussi Cass. Civ., 21 mars 1938, DH, 38.257 ; Cass. Com., 12 nov. 1958, Bull. civ. III, n° 387 ; Cass. Civ. 1^{re}, 6 janv. 1994.

⁷⁷ Cass. Com., 7 juill. 1998, JCP, éd. G, 98.II.10206, n. SALVAT : le fait pour l'acheteur de vins primeurs de laisser la marchandise entre les mains du vendeur, « ne démontre pas que (l'acheteur) a entendu constituer un gage, le simple fait de ne pas procéder au retrait du vin à la date convenue étant impuissant à établir sa volonté de l'affecter en garantie ».

⁷⁸ POUGOUE Paul-Gérard (sous la direction de), *Op. cit.*, p. 889.

⁷⁹ CROCQ Pierre, YONDO BLACK Lionel et alii., *Op. cit.*, n° 270, p. 204.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Voir D. LEGEAIS, « Le gage des meubles corporels », In *jurisclasseur périodique*, éd. Générale, supplément au n° 20 du 17 mai 2006, *Commentaire de l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, p. 12 et s.

⁸² ALBIGES Christophe et DUMOND-LEFRAND Marie-Pierre, *Droit des sûretés*, Dalloz, Paris, 5^e éd., 2015, n° 382, p. 225.



créancier ou plutôt à un tiers convenu, soit, dans le cas de gage avec dépossession, si la chose est finalement restituée au constituant sans toutefois l'intention de mettre fin au gage⁸³. Désormais alors, et contrairement à ce que le législateur a prévu⁸⁴, on peut affirmer que, la remise ou la restitution, même volontaire, en cours de vie du gage sera sans effet sur l'existence de la sûreté qui sera maintenue et continuera d'être opposable aux tiers.

Les débats que suscitent les choix du législateur OHADA à propos du gage sans dépossession permettent d'entrevoir que, la consécration du gage portant sur les immeubles par destination pourrait faire naître davantage de controverses, voire de conséquences. Cependant, la discussion de l'exclusion des immeubles par destination du gage se manifeste également à travers la possibilité de gérer les conséquences que pourrait engendrer la consécration du gage des immeubles par destination dans cet espace communautaire.

B/ UNE DISCUSSION A TRAVERS LA POSSIBILITE DE GESTION DES CONSEQUENCES DU GAGE DES IMMEUBLES PAR DESTINATION

En droit comparé, le législateur français a opté pour le gage des immeubles par destination à travers l'ordonnance du 15 septembre 2021 qui a réformé, entre autres, l'article 2334 du code civil français⁸⁵. Cet article est ainsi désormais rédigé : « *Le gage peut avoir pour objet des meubles immobilisés par destination. L'ordre de préférence entre le créancier hypothécaire et le créancier gagiste est déterminé conformément à l'article 2419* ». Jusqu'alors, en droit français, les immeubles par destination ne pouvaient être saisis indépendamment de l'immeuble par nature sauf pour paiement de leur prix. C'était dans ce cadre-là que l'huissier de Justice ou le commissaire de Justice pouvait réaliser la saisie d'un portail, d'une climatisation ou encore d'une pompe de piscine quand celle-ci n'avait pas été réglée. Aujourd'hui, une seconde dérogation a été ajoutée à l'article L112-3 du code des procédures civiles d'exécution français qui prévoit : « *Les immeubles par destination ne peuvent être saisis indépendamment de l'immeuble, sauf pour paiement de leur prix ou pour la réalisation du gage dont ils sont grevés. Dans ce dernier cas, ils ne peuvent être saisis que si la séparation d'avec l'immeuble auquel ils ont été rattachés peut intervenir sans dommage pour les biens* ». Cette annonce, en France,

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Art. 117 AUS : « Le gage avec dépossession disparaît indépendamment de l'obligation garantie si la chose est volontairement restituée au constituant, si elle est perdue par le fait du créancier gagiste, ou lorsque la juridiction compétente en ordonne la restitution pour faute du créancier gagiste, sauf désignation d'un séquestre qui aura la mission d'un tiers convenu ». Voir aussi AYNES Laurent et CROCQ Pierre, *Op. cit.*, n° 507, p. 214.

⁸⁵ Voir chapitre II (du gage de meubles corporels) ; 2^e sous-titre : des sûretés sur les meubles ; titre II : des sûretés réelles.



du projet de réforme⁸⁶ ouvrant la possibilité de constituer un gage sur un immeuble par destination a suscité en son temps, des craintes importantes, notamment celle de la multiplication des conflits entre sûretés immobilières et sûretés mobilières. Ces craintes n'ont pas dissuadé le législateur français à consacrer cette sûreté et surtout à poser des règles pour pallier ces risques⁸⁷. S'il en arrivait à emboîter les pas à son homologue français, le législateur OHADA devra aussi édicter des règles palliatives aux risques de juxtaposition des sûretés. La gestion des conséquences ne devra cependant pas être que curative (1). Le législateur OHADA devra, par ailleurs, prévoir des balises pour prévenir d'éventuelles disparitions des biens immeubles par destination, objet du gage (2).

1- UNE GESTION CURATIVE

La consécration du gage des immeubles par destination aura pour conséquence aussi de faire naître des situations de concours de sûretés sur les mêmes biens. Deux cas de figures peuvent être envisagés : premièrement, les mêmes immeubles par destination faisant l'objet de plusieurs gages ; secondement, les immeubles par destination faisant l'objet d'un gage et d'une hypothèque par accession à l'immeuble par nature auquel ils sont annexés. Il faut lever toute équivoque sur cette situation de concours de sûretés, en reconnaissant qu'elle n'est pas nouvelle en droit des sûretés où les conflits paraissent inévitables. A titre illustratif, sur la question des tours de faveur, il a été reconnu que, les règles du Code civil de 1084 étaient déjà imprécises, « *confuses et complexes, même pour les esprits éclairés* »⁸⁸. Alors, en acteur averti, le législateur OHADA avait pris les dispositions pour y pallier dans l'Acte uniforme de 1997, en édictant des règles de conflits de préférence reconnues⁸⁹, en établissant un classement ou un « ordre » de manière à départager les créanciers concourants⁹⁰. S'il décidait, de consacrer cette

⁸⁶ Voir l'article 60, I, 3°, de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi PACTE, à la suite de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés sous l'égide de l'Association Henri Capitant.

⁸⁷ A travers l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 qui prévoit que les immeubles par destination peuvent faire l'objet d'un gage (*c. civ.*, art. 2334, *al. 1^{er}*).

⁸⁸ ISSA-SAYEGH Joseph, « Le classement des sûretés. La distribution du prix des biens du débiteur entre les créanciers en droit sénégalais », *Revue EDJA*, n° 14, p. 3 ; Penant, oct.-déc. 1993, n° 810, p. 261. Voir aussi AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », in SOSSA Cossi Dorothé (Mélanges en l'honneur de), *Loc. cit.*, n° 34, p. 66.

⁸⁹ AGBENOTO Koffi Mawunyo, *Ibid.*, note 78 en référence à : DOOH COLLINS Régine, BOCCOVI Arlette et BUSTIN Olivier, « Rapport général sur l'Acte uniforme révisé OHADA portant sur l'organisation des sûretés », *Les petites affiches*, 25 septembre 2015, n° 192, p. 23 ; CHIFFLOT BOURGEOIS Frédérique, « Les garanties de paiement : l'apport des sûretés dans l'espace OHADA », *Rev. dr. Banc. fin.*, janv.-févr. n° 1, 2011, p. 17 ; FENEON Alain, « Le nantissement des stocks de matières premières : une garantie adaptée et efficace dans l'Acte uniforme sur les sûretés », in *L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires OHADA*, *Les petites affiches*, numéro spécial, 13 octobre 2004, n° 205, p. 30.

⁹⁰ Art. 225 et 226 AUS dans le régime de droit commun lorsque le débiteur est *in bonis* ; articles 166 et 167 AUPC dans les procédures collectives d'apurement du passif. AGBENOTO Koffi Mawunyo, *Op. cit.*, n° 35.



sûreté, le législateur pourrait bien s'inspirer de ces dispositions pour résoudre les difficultés éventuelles. D'autres solutions peuvent être explorées, au regard de l'expérience d'autres législations qui ont déjà adopté le gage portant sur les immeubles par destination. Les solutions proposées par le législateur français, si elles ne sont pas toutes exemptes de critiques, peuvent être intéressantes à plusieurs égards. En effet, comme l'a affirmé un auteur, le droit des sûretés s'est toujours reposé sur une technique logique de classement des créanciers munis de sûretés en fonction de leur mérite ou selon la politique de crédit⁹¹. De la sorte, la consécration d'un gage des immeubles par destination impliquerait, comme cela a été le cas en France, d'une part, de poser une règle de conflit entre le créancier titulaire d'un gage sur un immeuble par destination et le créancier titulaire d'une hypothèque incluant ce bien⁹². Contrairement au cas où les immeubles par destination objet de gages successifs qui seront de nature à poser moins de problème quant à l'ordre des désintéressements des créanciers⁹³, l'opposition entre un gage sur les immeubles par destination et une hypothèque incluant ces mêmes biens paraît plus délicate à régler.

Il faut partir du mode de réalisation de la sûreté. La réalisation des immeubles par destination à l'initiative du créancier muni de la sûreté réelle s'opère, généralement, par la saisie et plus rarement par l'attribution de la propriété en paiement ou la purge. Saisie sur saisie ne vaut⁹⁴. En d'autres termes, la saisie mobilière des immeubles par destination sera un empêchement à la saisie immobilière de ces mêmes biens avec l'immeuble par nature, et réciproquement. La même règle s'étend *mutatis mutandis* à l'attribution de la propriété en paiement. La première attribution opérée empêchera toute nouvelle attribution en paiement⁹⁵. Une illustration des situations de conflits pouvant naître est opportune, à défaut d'exposer les différentes situations possibles. Lorsqu'il s'agira de réaliser les immeubles par destination par la voie de la saisie, quel que soit l'auteur de l'action (le gagiste ou l'hypothécaire), la question du conflit entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire se posera. la solution consistera à donner la

⁹¹ CROCQ Pierre, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », in *Mélanges en l'honneur de MOULY Christian*, t. 2, Litec, Paris, 1998, n° 12, p. 317.

⁹² MICHEL, « Ord. n° 2021-1192 du 15 sept. 2021, portant réforme du droit des sûretés, JO 16 sept. Rapport au président de la République, JO 16 sept. », in *Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 6) : le gage*, Dalloz actualité, 22 septembre 2021, p. 3.

⁹³ Lesdites sûretés seront inscrites dans le même registre de façon successives de sorte que, l'ordre d'inscription sera celui de désintéressement des créanciers. Il faut insister sur le fait que c'est la date d'inscription qui sera prise en compte et pas celle de formation des contrats respectifs. Un créancier vigilant ayant obtenu son contrat de gage en dernier pourrait alors se retrouver en tête de la liste de paiement des créanciers, si les autres ont, de par leur négligence, tardivement inscrit leurs contrats.

⁹⁴ H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français : Paris, Litec, 4e éd., 1999, n° 406.*

⁹⁵ Il faut noter que la purge suppose la cession de la propriété de l'immeuble par nature et des immeubles par destination. Elle obéit à des règles complexes et lacunaires. MIGNOT Marc, « Les sûretés réelles relatives aux immeubles par destination », *La semaine juridique*, Édition générale, N° 4, 30 janvier 2023, p. 221.



Il sied de retenir alors que, si les deux sûretés n'entraînent pas dépossession du constituant, la publicité constitue la condition déterminante de leur opposabilité aux tiers. Il ne faut cependant pas perdre de vue que dans le cas d'espèce, il s'agit, d'un côté, d'un immeuble hypothéqué et, de l'autre côté, d'un meuble gagé, même si ce dernier aurait perdu sa nature originelle compte tenu de son immobilisation ; ce qui laisse persister un doute sur l'efficacité de cette publicité alors même qu'elle paraîtrait régulière.

Outre les circonstances de concours de sûretés qui peuvent bien être contournées, les immeubles par destination peuvent être exposés à certains risques de nature à limiter l'efficacité, le cas échéant, mais ces risques peuvent également être prévenus.

2- UNE GESTION PREVENTIVE

Les immeubles par destination, lorsqu'ils seraient l'objet de gage, peuvent être exposés à divers risques susceptibles de compromettre le contrat, voire les intérêts du créancier bénéficiaire de la sûreté. Pour cela, il faudrait prévoir des mécanismes pour limiter le maximum possible, la survenance de ces risques. Les mécanismes pouvant être adoptés ne seront pas foncièrement différents des prévisions faites par le législateur OHADA, concernant le gage sans dépossession. Il faut tenir compte de l'origine de ces risques, pour trouver les moyens appropriés devant permettre de les enrayer.

L'essentiel des risques auxquels les immeubles par destination gagés peuvent être exposés auront pour source, le débiteur lui-même. On sait que du point de vue du constituant, le gage sans dépossession a pour principal avantage de laisser les biens gagés à sa disposition⁹⁹. Tel sera, inévitablement, le cas avec le gage des immeubles par destination. De la sorte, le constituant pourra continuer à utiliser les biens gagés ou, s'il s'agit de choses fongibles, à en disposer pourvu qu'il y soit autorisé par le contrat de gage et « à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes »¹⁰⁰. En contrepartie de ces avantages que procurera au débiteur le contrat de gage sur les immeubles par destination, une obligation générale de conservation de la chose ainsi gagée pèsera sur lui¹⁰¹. Elle consistera dans un premier temps, au maintien de la valeur pour le gage des choses fongibles. C'est en effet sur la valeur des biens gagés que s'exerce l'obligation de conservation et le créancier peut ainsi exiger du constituant qu'il maintienne la valeur de ceux-ci « à peine de déchéance du terme », comme c'est le cas pour le gage sans dépossession¹⁰².

⁹⁹ CROCQ Pierre, YONDO BLACK Lionel et alii., *Op. cit.*, n° 280, p. 209.

¹⁰⁰ Art. 102 AUS.

¹⁰¹ LEGEAIS Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDI, Paris, 9^e éd., 2013, n° 484, p. 337.

¹⁰² Voir art. 110 AUS. Voir CROCQ Pierre, YONDO BLACK Lionel et alii., *Op. cit.*, n° 284, p. 210-211. A titre de comparaison voir aussi art. 2344 al. 2 C. civ. français ; LEGEAIS Dominique, *Op. cit.*, n° 484, p. 337.



Dans un second temps, la perte ou la détérioration (totale ou partielle) des immeubles par destination gagés pourrait être réglée de manière différenciée : soit le créancier exerce le droit de préférence sur l'indemnité d'assurance pour la totalité de sa créance (principal, intérêts et autres accessoires), conformément à l'article 110 de l'acte uniforme portant organisation des sûretés : soit, il permet au débiteur de remplacer les biens par des choses de même nature, voire de même valeur, de sorte à assurer la continuation du contrat jusqu'à l'exigibilité de la créance. Cette option pourra être facilitée par le fait qu'on est en présence d'immeubles par destination, bien en principe nécessaire à l'exploitation de l'immeuble par nature auquel ils sont intégrés. Le fermier qui voit son bétail périr, par exemple par suite de survenance d'une épidémie, s'emploiera à en constituer un autre pour son exploitation.

CONCLUSION

Les efforts consentis par le législateur de OHADA ne semblent pas encore suffisants pour rendre le droit des sûretés totalement attractif. D'une part, les sûretés issues de ce droit uniforme affichent l'image d'une matière aux contours encore mal dessinés¹⁰³. D'autre part, la « réflexion sur l'exclusion des immeubles par destination des sûretés OHADA », révèle que le législateur a encore des possibilités de consacrer des sûretés intéressantes pour les opérateurs économiques de son espace d'intervention. S'il peut paraître difficile d'opter pour l'hypothèque des immeubles par destination, il y a de moins en moins d'arguments pour soutenir l'exclusion du gage portant sur les immeubles par destination en droit OHADA. Dans ce dernier cas qui paraît plus plausible, la nature des biens en question imposera, bien entendu, de combiner les règles de l'hypothèque et celles du gage pour y arriver. Le cas échéant on conclurait à une mixité du régime des sûretés portant sur des immeubles par destination. On rejoindrait alors la partie de l'opinion qui milite en faveur de l'adoption d'une approche fonctionnelle des sûretés réelles. Selon cette opinion, l'option d'une approche fonctionnelle des sûretés pour rénover et rationaliser le droit des sûretés réelles dans l'espace OHADA s'impose au regard de l'intérêt, du succès et des nombreux avantages d'un tel choix dans les systèmes étrangers qui y ont adhéré¹⁰⁴. Face aux insuffisances du système lacunaire applicable actuellement en matière de sûretés réelles, il est nécessaire de s'inspirer des exemples étrangers. Il est surtout nécessaire de laisser s'exprimer l'esprit de créativité des parties, en leur laissant la possibilité de procéder, par accord de volonté à des montages de sûretés. Le handicap que constitue le *numerus clausus* législatif devra, à un moment ou à un autre, être sauté, pour faciliter l'insertion des pratiques

¹⁰³ AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *loc. cit.*, n° 94, p. 87.

¹⁰⁴ BOHOUSSOU Kouakou Stéphane, *Op. cit.*, n° 1076, p. 481.



endogènes dans le droit OHADA et aussi l'évolution de cette législation communautaire. Un auteur a justement affirmé qu'il faut avoir la ferme conviction que le droit qui n'évolue pas meurt (*mutala lex non perit*) ; il en a surtout conclu que le droit des sûretés OHADA retrouvera pleinement l'autorité et la légitimité, présentement écornées, en conciliant sagement certains principes cardinaux, à savoir la liberté des conventions, la police des comportements et l'efficacité de toutes les sûretés¹⁰⁵.

¹⁰⁵ AGBENOTO Koffi Mawunyo, « L'évolution des sûretés en droit OHADA », *Loc. cit.*, n° 99, p. 88.