



## **Les sûretés sur le bien d'autrui**

**Éric Olivier Sébastien DIBAS-FRANCK**

*Assistant à l'Université Marien NGOUABI de Brazzaville*

**Symphorin Angy Mon-espoir MFINI**

*Chargé d'enseignement à l'Université d'Angers*

*Rédacteur en chef de la Revue africaine de droit des affaires*

*Membre du comité de lecture de la Revue doctorale de la Sorbonne*

### **Résumé**

Les sûretés sur le bien d'autrui sont assurément un sujet passionnant, mais qui au demeurant n'a pas donné lieu à une doctrine abondante, que l'on songe au droit français ou au droit de l'OHADA. Pourtant, il est possible d'entreprendre une telle étude, sous l'angle des deux législations évoquées, même s'il va se révéler que la jurisprudence de l'OHADA est marquée au coin de l'absence. Ainsi, pour mener à bien cette étude, il conviendra d'envisager les sûretés choisies en tant que droit réel, en analysant la relation directe entre le créancier et le bien donné en garantie. C'est dire que les sûretés réelles, « puisque notre livraison s'arc-boute sur celles-ci », trouvent leur substance à partir de l'exercice d'une des utilités conférées par la propriété d'un bien, notamment sa valeur économique ou valeur de crédit. En l'absence de tout droit de propriété au constituant, il ne peut exister ni hypothèque, ni gage, ni nantissement, moins encore cession fiduciaire. L'affirmation est cependant sujette à discussion à propos du droit de rétention. Partant, les sûretés sur le bien d'autrui peuvent être aisément neutralisées, sur le terrain du jeu de la propriété, indépendamment de la question de la nullité contractuelle. Cependant, de façon exceptionnelle, des effets peuvent être reconnus aux sûretés sur le bien d'autrui, particulièrement sur le terrain des exigences de l'équité et de la protection des tiers de bonne foi.



## Introduction

1. 2021 a été une date importante dans l'histoire du droit français des sûretés<sup>1</sup> : une réforme<sup>2</sup> est intervenue le 15 septembre 2021, impactant notamment le droit du cautionnement. Cependant, il n'est pas osé d'affirmer que cette réforme a aussi impacté le droit des sûretés réelles<sup>3</sup>. Mais, quoique l'on dise, il s'agit bien d'une réforme du droit des sûretés, qui, à juste titre, a croisé la route de la réforme du droit des procédures collectives, intervenue le même jour<sup>4</sup>. De même, le droit OHADA des sûretés a connu une importante réforme en 2010. Sous l'égide de ces réformes du droit des sûretés, il est possible de s'intéresser à un sujet qui n'a pas donné lieu à une doctrine abondante, que l'on songe au droit français ou au droit de l'OHADA. Il s'agit ici de porter un regard sur les sûretés portant sur le bien d'autrui. Ce sujet requiert analyse pour deux raisons : d'abord, parce qu'il s'agit d'un sujet absent en doctrine, quand bien même, il serait d'une importance indéniable ; ensuite, parce qu'il s'agit d'un sujet évident en droit positif, mais, qui au demeurant est marqué au coin de l'obscurité. S'il ne fait l'ombre d'aucun doute que les législateurs prohibent les sûretés sur le bien d'autrui, il n'en demeure pas moins vrai que ces sûretés peuvent être soit frappées d'une simple nullité relative, soit d'une nullité absolue, soit être valides. C'est pourquoi, il est nécessaire, pour mieux cerner une telle étude, de distinguer selon les sûretés.

2. Si de façon laconique la sûreté est synonyme de sécurité<sup>5</sup>, puisqu'en matière de crédit le risque zéro n'existe pas, sur le plan juridique en revanche, la notion de sûreté revêt une acception plus précise. En effet, la sûreté est un mécanisme qui confère au créancier une garantie contre le risque d'insolvabilité de son débiteur<sup>6</sup>. En ce sens, « la sûreté ajoute à la créance une facette miroitante la sécurité »<sup>7</sup>. Elle est pour cela essentielle, « car s'inscrivant dans le temps<sup>8</sup> », elle renforce et encourage le crédit, rouage essentiel de nos économies modernes. C'est dire que la sûreté permet au créancier de se prémunir contre toute perte

---

<sup>1</sup> Voir. Ph. Simler, *Réforme du droit des sûretés : commentaire article par article*, LexisNexis, 2022.

<sup>2</sup> L'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, prise en vertu de l'habilitation consentie au gouvernement par la loi PACTE du 22 mai 2019, intervient quinze ans seulement après celle n° 2006-346 du 23 mars 2006 qui avait déjà le même objet.

<sup>3</sup> Voir par exemple. J.-D. Pellier, in « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : les sûretés réelles immobilières », *Lexbase hebdo édition affaires* n°691 du 7 octobre 2021.

<sup>4</sup> Ordonnance n° 2021-1193 en date du 15 septembre 2021. Prise en application de l'article 196 de la loi Pacte (Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et à la transformation des entreprises, JO 23 mai). L'ordonnance transpose en droit français la directive (UE) 2019/1023 du 20 juin 2019, dite directive « restructuration et insolvabilité » (Dir. [UE] 2019/1023 relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive [UE] 2017/1132, JOUE, n° L 172, 26 juin).

<sup>5</sup> Voir. M. Bourassin, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Sirey, 2024 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2023.

<sup>6</sup> Voir. M.-E. Mfini, *Droit Ohada des sûretés et des garanties du crédit*, préf. S.N. Ndir, Bruylant, 2024.

<sup>7</sup> M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly, Ph. Petel, *Droit des sûretés*, Litec, n° 1.

<sup>8</sup> M. Grimaldi, Ph. Dupichot, « Durée et sûretés », *RDC* 2004. 95.



pécuniaire, soit contre les risques d'insolvabilité du débiteur<sup>9</sup>. Ainsi, le créancier peut exiger l'intervention d'un garant ou l'affectation d'un bien en guise de garantie. En ce sens, les mécanismes relevant du droit des sûretés exercent un rôle fondamental, protecteur des intérêts du créancier, non seulement dans les relations professionnelles, mais aussi personnelles.

Dans cette même veine, Pierre Crocq, a su revêtir la notion de sûreté d'une définition étroite en affirmant qu'elle « 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<sup>10</sup>, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »<sup>11</sup>.

**3.** Depuis des temps immémoriaux, on observe la distinction entre les sûretés personnelles et les sûretés réelles, ce qui constitue la *summa divisio*<sup>12</sup> de la matière. Cette distinction repose sur la technique employée et s'explique aisément. En effet, la loi ou le juge peut, sans difficulté, créer une sûreté réelle, c'est-à-dire affecter un bien en garantie d'une créance. En revanche, il est plus difficilement concevable que la loi ou le juge puisse créer un cautionnement : cela reviendrait en effet à contraindre un tiers à s'engager en qualité de garant du débiteur. Mais, il faut préciser que, qu'il s'agisse d'une sûreté légale ou d'une sûreté judiciaire, l'accord du garant est inéluctable.

Si les sûretés personnelles consistent en l'adjonction au droit du créancier contre le débiteur d'un droit personnel contre un tiers, les sûretés réelles consistent en l'affectation d'un ou plusieurs biens<sup>13</sup> du débiteur en garantie d'une dette. Le créancier n'est donc plus titulaire d'un droit sur le patrimoine d'un garant, mais d'un droit sur le bien affecté en garantie<sup>14</sup>. Les sûretés réelles présentent certains avantages<sup>15</sup> tenant notamment à leur efficacité<sup>16</sup>. Leur efficacité est

---

<sup>9</sup> La sûreté a un rôle d'auxiliaire du crédit. Aujourd'hui plus que jamais, la formule lapidaire « pas de crédit sans sûretés » exprime une réalité. Le crédit repose sur la confiance. Telle est même la signification étymologique du terme (*credere* = croire, avoir confiance). Cette confiance ne peut être aveugle : seule des garanties sérieuses peuvent la susciter. Voir en ce sens, L. Aynes, « Les garanties du financement », Rapport de synthèse au 82<sup>ème</sup> congrès des Notaires, *Deffrénois* 1986. 909, n° 2, qui observe que « l'histoire des obligations est accompagnée de celle des sûretés », tout en précisant que, d'une certaine manière, « la sûreté est (aussi) une injure à la force obligatoire des conventions ».

<sup>10</sup> Voir. M.-E. Mfini, *Le régime général des obligations : notions générales*, préf. U.K. Kianguébéni, L'Harmattan, 2021.

<sup>11</sup> P. Crocq, *Propriété et garantie*, préf. M. Gobert, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, 1995, n° 282.

<sup>12</sup> « Une *summa divisio* entend catégoriser différentes notions à un degré au-dessus duquel n'existerait plus aucune autre classification. Une *summa divisio* classe, mais aussi englobe tous les éléments de l'ensemble ainsi ordonné. La vocation de la *summa divisio* consiste à trier, regrouper et, parfois hiérarchiser les divers éléments d'un ensemble, afin d'appliquer à chacun un régime propre » T. Lakssimi, *La summa divisio des droits réels et des droits personnels : étude critique*, thèse, Université Paris Est, 2014, n° 1.

<sup>13</sup> P. Berlioz, *La notion de bien*, thèse Paris 1, 2006. Cet auteur envisage les biens comme des éléments de convoitises par les créanciers.

<sup>14</sup> Voir dans ce sens, J.-J. Ansault, A. Bebe Epale, M. Brizoua-Bi, O. Fille-Lambie, L.-J. Laisney, A. Marceau-Cotte et A. Salem, *L'Acte Uniforme portant organisation des sûretés*, sous la direction scientifique de J.-J. Ansault et P. Crocq, *Avant-Propos*, S. E. Darankoum, préf. Y. R. Kalieu Elongo, LexisNexis, 2022.

<sup>15</sup> M. Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986, I, p. 93 ; A.-C. Michel, *La concurrence entre les sûretés*, 2018, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 580 ; J.-D. Pelletier, *Essai d'une théorie des sûretés personnelles à la lumière de la notion d'obligation : contribution à l'étude du concept de coobligation*, 2012, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, t. 539.

<sup>16</sup> Voir en ce sens, K.-F. Agbekpounou, *L'efficacité des sûretés réelles conventionnelles dans l'espace OHADA*, thèse Paris Cité, 2020 ; H. Simenou, *Efficacité des garanties du crédit en droit OHADA*, thèse 2017, ANRT.



généralement supérieure à celle du cautionnement<sup>17</sup>. Constituent des sûretés personnelles au sens du droit positif français, le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention. En revanche, sont des sûretés personnelles au sens du droit de l'OHADA le cautionnement et la garantie autonome. Constituent des sûretés réelles au sens du droit français et du droit de l'OHADA, le gage, le nantissement, l'hypothèque, les privilèges, le droit de rétention la fiducie et les propriétés-sûretés.

4. Par ailleurs, on note depuis peu une distinction entre les sûretés pour autrui et les sûretés pour soi<sup>18</sup>, c'est-à-dire, celles qui ont été consenties pour autrui et celles qui l'ont été pour garantir sa propre dette. Le constat implique de porter un regard différent, si ce n'est pas nouveau, sur la nature des sûretés. L'engagement pour autrui révèle l'opposition entre les deux catégories de sûretés. Or, il se déduit de la *summa divisio* classique de la matière, voire même de la *summa divisio* des sûretés pour autrui et des sûretés pour soi que les sûretés personnelles sont des sûretés pour autrui<sup>19</sup>, tandis que les sûretés réelles sont des sûretés pour soi<sup>20</sup>. Cette précision intéresse notre étude, tant il est important de préciser que seules nous intéresseront ici, les sûretés réelles, pour deux raisons qu'il convient de préciser très rapidement. D'abord, dans la mesure où les sûretés personnelles sont des sûretés pour autrui, et portent sur l'ensemble du patrimoine du garant, il est impossible qu'une personne autre que le garant lui-même décide d'affecter son patrimoine en garantie d'une dette. En clair, il est impossible qu'une personne autre que le garant engage son patrimoine. Ensuite, l'intitulé de cette livraison est révélateur du choix porté sur les sûretés réelles. En effet, par le qualificatif « bien », il faut entendre « sûretés réelles », tant est-il que, dans le cadre des sûretés personnelles, le constituant n'affecte pas un bien en garantie d'une dette, mais l'ensemble de son patrimoine<sup>21</sup>, notamment à propos du

---

<sup>17</sup> Ph. Dupichot, « L'efficacité économique du droit des sûretés personnelles », *LPA* 2010, n° 74, p. 3 ; « L'efficacité économique du droit des sûretés réelles », *LPA* 16 avr. 2010, n° 76, p. 7 ; « Regards sur le pouvoir de la volonté en droit des biens et des sûretés réelles », in *Mélanges J.-L. Baudouin*, 2012, Éd. Yvon Blais.

<sup>18</sup> Voir sur cette nouvelle *summa divisio*, la thèse de Julie Crastre : J. Crastre, *La summa divisio des sûretés pour soi et des sûretés pour autrui*, thèse Paris 1, 2020.

<sup>19</sup> La garantie autonome peut être considérée comme une sûreté pour soi, tant est-il que le garant ne s'engage pas pour garantir la dette du débiteur principal, mais sa propre dette. (C'est nous qui le disons).

<sup>20</sup> Exception toutefois aux sûretés réelles pour autrui. Aussi, le nantissement peut-il aussi être considéré comme une sûreté à la fois personnelle et réelle, donc une sûreté mixte. Le nantissement de bien meubles incorporels est traditionnellement considéré comme une sûreté réelle. Le Code civil originaire le présente comme tel. Au demeurant, un bien appartenant au débiteur, le plus souvent une créance dont il est titulaire, est affecté en garantie d'un rapport juridique principal ; le créancier jouit d'un droit sur la valeur de ce bien. Mais, d'un autre côté, le créancier ne peut mettre en œuvre son droit qu'en agissant comme un tiers. Le nantissement lui confère un droit sur le patrimoine d'une personne autre que le débiteur. Puisqu'il adjoint au rapport principal un droit de poursuite contre un tiers, le nantissement de créance s'apparente aussi à une sûreté personnelle. Cette ambiguïté conduit la doctrine moderne à qualifier cette garantie de sûreté mixte (Voir en ce sens, M.-E. Mfini, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2024 ; D. Igeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *Economica*, 1986, n° 302 ; C. Lisanti-Kalczynski, *Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels*, *Litec*, 2001. Sur les aspects internationaux, voir. Martial-Braz, « L'appréhension de l'incorporel », *RLDC*, nov. 2009. 41).

<sup>21</sup> La question peut se poser de savoir si le patrimoine est un bien. Cette question, nous le savons est complexe et la réponse est probablement éclatée et imprécise. Mais, si on se fonde sur la théorie du patrimoine des « Saints Pères » Aubry et Rau, on conclura que le patrimoine n'est pas un bien, c'est plutôt, selon ces auteurs, un ensemble de biens et de dettes, ne serait-ce que potentielles. C'est dire que le patrimoine est une universalité de droit, composée d'actif et de passif. Or, la doctrine moderne qui a remis en cause la thèse de l'unicité du patrimoine de Aubry et Rau, retient que, le patrimoine ne peut contenir un passif, c'est dire, qu'il n'est constitué que de biens. Pourtant, si on retient cette thèse, on conclura par voie de conséquence que le patrimoine est un bien. Aussi, un auteur, dans sa thèse consacrée à la *summa divisio* des droits personnels et des droits réels s'est intéressé à cette question. Dans la relation entre l'homme et le bien, où se trouve alors son patrimoine ? le



cautionnement. Le créancier a donc un droit personnel et non droit réel. A juste titre, le cautionnement d'un seul époux sur l'ensemble du patrimoine<sup>22</sup> du couple marié sous le régime de communauté légale, n'est pas valide<sup>23</sup>, si l'époux caution n'a pas recueilli l'avis de l'autre époux. Donc, le cautionnement sur le patrimoine d'autrui n'est pas concevable.

5. D'un point de vue historique, les sûretés réelles<sup>24</sup> ont puisé dans le droit romain, en lui empruntant ses principales institutions, qu'il s'agisse de la fiducie<sup>25</sup>. Lorsque le recouvrement de la créance était impossible, la propriété d'un bien du débiteur était transférée à son créancier. Cette réalité n'a pas disparu, puisqu'elle est toujours d'actualité aujourd'hui. C'est d'ailleurs ce qui fait que le droit des sûretés réelles, contrairement au droit des sûretés personnelles, soit plus attaché au droit des biens. Mais, les sûretés réelles ont essuyé de vives critiques<sup>26</sup>, puisque le créancier aliène le bien en méconnaissant les droits du débiteur, aussi, la technique du double transfert s'avère lourde. En outre, les sûretés réelles étaient traitées à partir de l'ancien article 2071 du code civil, sûretés qui étaient elles-mêmes subdivisées en deux : tout d'abord les sûretés réelles avec dépossession regroupées sous le terme générique de « nantissement », le nantissement d'un meuble s'appelant un gage et le nantissement d'un immeuble s'appelant une antichrèse. Ainsi que les sûretés réelles sans dépossession, soient les privilèges (sûreté d'origine légale) et surtout l'hypothèque « reine des sûretés » car portant sur le principal élément traditionnel de richesse (l'immeuble) tout en laissant la possession au débiteur.

6. Parce que les sûretés réelles avec ou sans dépossession portent sur un bien, se pose la question de savoir s'il est possible qu'une personne autre que le propriétaire du bien, puisse grever le bien de sûreté, c'est-à-dire l'affecter en garantie d'une dette. Cette interrogation, loin de n'être que théorique a un intérêt pratique, tant est-il qu'elle nous conduit à porter un regard sur le bien, sur la titularité du bien et sur son utilisation. On sait que depuis des temps anciens, les sûretés réelles ont toujours été considérées comme des garanties assurant l'exécution de l'obligation. On sait aussi que les sûretés réelles portent sur des biens appartenant soit au débiteur principal, soit au constituant. Ainsi, si la sûreté réelle sur le bien d'autrui est admise, elle apparaît alors comme une dérogation particulièrement grossière.

7. A propos des sûretés réelles, il convient de relever que la constitution d'un droit réel de garantie efficace est l'objet de la convention, ce qui indique que deux aspects principaux sont à considérer. D'abord, les sûretés réelles comme droit réel de garantie et la convention d'affectation du bien. Ainsi, dans le cadre de cette étude, il est nécessaire d'entrée de jeu d'analyser certains aspects des sûretés réelles comme droit réel de garantie. En effet, comme nous l'avons précédemment écrit, la sûreté réelle est une sûreté détenue par un créancier sur un bien dont il n'a pas la propriété<sup>27</sup>. En ce sens, « *la sûreté réelle constitue un rapport de la nature*

---

patrimoine, va-t-il se trouver au milieu, entre l'homme et son bien ? soit ! Mais, est-ce à dire que c'est une fiction juridique ? Cependant, dépassant le prisme des interrogations, on retiendra, comme Aubry et Rau que le patrimoine est composé d'un actif et d'un passif (ne serait-ce que virtuel). Il ne faut pas commencer par déconstruire, comme le font certains auteurs, sinon, on ne comprend plus rien. Le droit n'est pas littérature.

<sup>22</sup> Voir. D. Hiez, Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, LGDJ, 2003.

<sup>23</sup> Voir sur ce sujet, Cass. com., 29 sept. 2021, n° [20-14213](#) ; Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 févr. 2022 n° 20-22.938 FS-B, Société générale c/ X.

<sup>24</sup> Voir. M. Cabrillac et Ph. Petel, « Le printemps des sûretés réelles », *D.* 1994. Chron. 243.

<sup>25</sup> Voir. not. P. Tshiyima, « La fiducie-sûreté et la protection du débiteur en droit OHADA », *Ohadata*, D-22-24.

<sup>26</sup> Voir. M. Dagot, « Sûretés réelles contre sûretés personnelles », *JCP N* 1986. I. 93.

<sup>27</sup> Voir. not. G. Piette, *Droit des sûretés*, 17<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2023 ; M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Sirey, 2019 ; M. Bourassin, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Sirey, 2024. Voir aussi, A. Minkoa *Afrilex Février 2024*



d'un droit réel entre le créancier et le bien affecté ». Par la suite, il conviendra d'analyser l'affectation en garantie du bien d'autrui comme contrat, sans se limiter à la simple sanction frappant la convention. Lorsqu'elle vise à établir une sûreté sur le bien d'autrui, l'opération contractuelle est affectée d'un défaut, qui peut la frapper d'une nullité relative ou d'une nullité absolue. Il y a lieu de bien cerner le problème en cause, de façon à mieux établir les conséquences, au-delà du lien commun de la nullité automatique qui frappe les sûretés réelles sur le bien d'autrui, qu'il s'agisse de l'hypothèque, du gage, du nantissement, ou d'autres sûretés réelles.

**8.** Les sûretés du bien d'autrui ne procèdent pas de la simple hypothèse. Il suffit de mentionner, pour illustration, la pratique courante selon laquelle l'acte hypothécaire est signé et enregistré avant que le promettant-acquéreur d'un immeuble n'en soit devenu propriétaire. Aussi, peut-on prendre exemple des espèces donnant lieu à la nullité de l'acte d'affectation lorsque le titre du constituant est résolu ou annulé. De même, il peut arriver, qu'un emprunteur hypothèque par erreur, soit le bien d'autrui, soit un immeuble sur lequel il empiète ; ou un possesseur peut offrir en garantie le bien qu'il occupe et les améliorations qu'il y aurait apportées. Ces exemples peuvent aussi être découverts en matière de gage, de nantissement ou dans d'autres sûretés réelles. Et les solutions à de telles difficultés vont faire appel à divers principes fondamentaux du droit privé<sup>28</sup>, notamment les principes gouvernant la propriété et les biens<sup>29</sup> en général, les principes gouvernant les obligations<sup>30</sup> et les contrats<sup>31</sup> et les principes gouvernant les sûretés<sup>32</sup> et la publicité foncière. Ainsi, il y a lieu d'identifier les règles applicables à de telles sûretés sur le bien d'autrui. Pour ce faire, il sera question d'analyser certains éléments des différentes sûretés réelles qui doivent intéresser notre étude. Il faudra rechercher exactement le défaut qui frappe l'affectation lorsqu'elle vise un bien qui n'appartient pas au constituant. Après quoi, nous examinerons les conséquences de cette sanction et les exceptions à la règle générale. De façon simpliste et plus rigoureuse, nous constaterons la nullité des sûretés consenties sur le bien d'autrui (**I**), avant de dégager les atténuations de cette nullité (**II**).

## **I. La nullité des sûretés constituées sur le bien d'autrui**

---

She, *Droit des sûretés et des garanties de crédit dans l'espace OHADA*, Tome 1, *Les Garanties personnelles*, Dianoia, 2010 ; Ph. Thery, *Sûretés et publicité foncière*, « Droit fondamental », 2<sup>ème</sup> éd., PUF, coll. 1998.

<sup>28</sup> Voir. J.-L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 19<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2023 ; Ph. Malinvaud et N. Balat, *Introduction à l'étude du droit*, 22<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2022.

<sup>29</sup> Voir. L. Aynès, M. Julienne et Ph. Malaurie, *Droit des biens*, 10<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2023.

<sup>30</sup> Voir. [A. Bénabent](#), *Droit des obligations*, 20<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2023 ; Ph. Malinvaud, M. Mekki, J.-B. Seube, *Droit des obligations*, 17<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2023 ; L. Andreu, N. Thomassin, *Cours du droit des obligations*, 8<sup>ème</sup> éd., Gualino, 2023.

<sup>31</sup> Voir. [Fr. Chénéde](#), *Droit des obligations et des contrats : 2023-2024*, 3<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2023 ; [D. Houtcieff](#), *Droit des contrats*, 8<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2023.

<sup>32</sup> Voir. [M. Bourassin](#), *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Sirey, 2024 ; [A. Gouëzel](#), *Le nouveau droit des sûretés*, Dalloz, 2023 ; C. Hélaïne, P. Tafforeau, *Droit des sûretés : sûretés personnelles et sûretés réelles*, 2<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2023 ; M. Cabrillac, S. Cabrillac, Ch. Mouly, Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, 11<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2022 ; J.-J. Ansault, Y. Picod, *Droit des sûretés*, 4<sup>ème</sup> éd., Thémis, 2022.



Nos développements porteront d'abord sur la nullité de l'hypothèque du bien d'autrui (A) avant de passer au peigne fin la nullité des sûretés mobilières sur le bien d'autrui (B).

### A. La nullité de l'hypothèque du bien d'autrui

9. Sûreté réelle immobilière, l'hypothèque l'est vraiment. Elle est d'ailleurs l'unique sûreté réelle immobilière<sup>33</sup>, en témoigne les Professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque<sup>34</sup> pour qui, il n'existerait qu'une seule sûreté réelle immobilière<sup>35</sup>. Ces auteurs considèrent que « tout compte fait, ces sûretés se réduisent à une seule garantie : l'hypothèque »<sup>36</sup>. La réforme française intervenue en septembre 2021 et la réforme de l'OHADA de 2010 ne démentent pas cette assertion, tant il est vrai que le Code civil ainsi que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés instituent une seule catégorie de sûreté immobilière à savoir l'hypothèque.

L'hypothèque est l'affectation d'un immeuble en garantie d'une ou de plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables<sup>37</sup>. Le bien affecté en garantie doit aussi être déterminé ou déterminable. Cette sûreté, qui est considérée comme la reine des sûretés, car portant sur le principal élément traditionnel de la richesse (immeuble<sup>38</sup>) confère à son titulaire un droit de suite et un droit de préférence. Aussi faut-il préciser que, contrairement à l'antichrèse, l'hypothèque n'emporte pas la dépossession immédiate du propriétaire.

10. Parce que l'hypothèque porte sur un bien immeuble, elle entretient avec le droit des biens un lien fort étroit, qu'il est impossible de méconnaître. Ce sont d'ailleurs les règles du droit des biens qui gouvernent l'entier droit de l'hypothèque, notamment en ce qui concerne la propriété du bien donné en garantie. C'est dire que, l'hypothèque doit être constituée par le propriétaire du bien. La qualité de propriétaire du constituant de l'hypothèque est ainsi un élément essentiel de validité de la sûreté. Dans un arrêt très ancien, la Cour de cassation avait jugé que, « l'existence, dans la personne de celui qui constitue une hypothèque, d'un droit actuel de propriété sur l'immeuble, au moment où il est grevé d'affectation hypothécaire, est la condition même de la possibilité légale de cette affectation (...) »<sup>39</sup>. La propriété du bien est ici un détail qu'il n'est pas permis de négliger, tant est-il que, seule une personne qui a la propriété du bien peut la grever d'hypothèque. Se pose en filigrane la question de l'hypothèque du bien d'autrui. Celle-ci est-elle ou non valable ?

En réponse à cette question, on note depuis des temps anciens une solution classique que nous avons déjà évoqué, qui invalide l'hypothèque du bien d'autrui<sup>40</sup>. Cette solution n'est pas

<sup>33</sup> Réserve étant faite des privilèges immobiliers, désormais généraux, puisque les privilèges spéciaux ont été réduits à de simples hypothèques en droit français.

<sup>34</sup> Monsieur Mon-espoir Mfini, démontre dans son ouvrage consacré au droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit que le législateur de l'OHADA, comme le législateur français ne consacre qu'une seule sûreté réelle immobilière : l'hypothèque. Voir M.-E. Mfini, *Droit OHADA des sûretés et des garanties du crédit*, 1<sup>e</sup> éd., Bruylant, préf. S.D. Ndir, 2024.

<sup>35</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière*, 7<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2016, n° 373.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Par J.-D. Pellier, in « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : les sûretés réelles immobilières », *Lexbase hebdo édition affaires* n°691 du 7 octobre 2021.

<sup>37</sup> Voir. art. 2384 du Code civil. Art. 190 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

<sup>38</sup> « L'immeuble a et aura toujours, du moins dans la psychologie collective des Français, un grand prestige » Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.*, 2023, n° 447.

<sup>39</sup> Cass. civ., 24 mai 1892, *DP* 1892, 1, 327.

<sup>40</sup> *Ibid.*



propre au droit français. En effet, on retrouve en terre étrangère une solution similaire. La Cour d'appel de Bobo-Dioulasso au Burkina-Faso a jugé que « l'hypothèque constituée sur la chose d'autrui est nulle »<sup>41</sup>. En clair, seul le propriétaire du bien peut hypothéquer son bien. Mais le dire ainsi semble incongru, encore faut-il expliquer pourquoi l'hypothèque du bien d'autrui est nulle. Pour y parvenir, un rapport direct doit être établi entre le créancier hypothécaire et le bien affecté en garanti, avant d'envisager l'hypothèque comme démembrement de la propriété. De la sorte, nous déduirons l'impossibilité d'hypothéquer un bien d'autrui et la nullité qui frappe une telle hypothèque. Soit-il dit en passant, nous traiterons du sort du créancier hypothécaire de l'hypothèque du bien d'autrui.

**11.** D'abord, à propos du lien direct entre le créancier hypothécaire et le bien grevé d'hypothèque, il convient de relever que le Code civil au même titre que l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, en envisageant l'hypothèque, traite de sa nature, de son objet et de ses effets. Aussi est-il que l'hypothèque est définie comme un droit réel, même si cette qualification est critiquable, puisque, contrairement à l'hypothèque, les privilèges, le nantissement immobilier et le droit de rétention ne sont pas expressément qualifiés de droits réels<sup>42</sup>, alors qu'ils sont aussi des sûretés réelles. En outre, la *summa divisio* des droits réels et des droits personnels, bien que nettement manifeste dans le Code civil, demeure une construction doctrinale exposée à de vives critiques. A juste titre, dans sa thèse consacrée à la *summa divisio* des droits réels et des droits personnels, le Professeur Tarik Lakssimi remet en cause cette classification, sans totalement rejeter une distinction entre les droits personnels et les droits réels.

La classification des droits comme étant soit réels soit personnels, construite à partir de la distinction Romaine entre action *in rem* et action *in personam*<sup>43</sup> est généralement présentée comme « l'arête du droit du patrimoine »<sup>44</sup> ou la « *summa divisio* des droits patrimoniaux »<sup>45</sup>. La transposition de cette *summa divisio* au domaine des sûretés a cependant donné matière à controverse en doctrine. Ainsi, certains auteurs d'une époque très ancienne ont exprimé des doutes non négligeables sur le caractère réel de l'hypothèque<sup>46</sup>, alors même que le législateur français définit l'hypothèque comme un droit réel. Au Québec, la Cour supérieure avait naguère défiée le Code civil Québécois, lorsqu'elle avait suggéré que l'hypothèque « n'est pas un droit

---

<sup>41</sup> Voir en ce sens : Cour d'Appel de Bobo-Dioulasso, Chambre civile et commerciale, arrêt n°81 du 05 mai 2003, BIB C/ O. K. et O.D., [www.ohada.com](http://www.ohada.com), *Ohadata J-04-193*.

<sup>42</sup> La nature juridique du droit de rétention est cependant sujette à discussion. Une doctrine refuse de voir dans le droit de rétention une sûreté, lui préférant la nature de saisie conservatoire. Aussi, un rapprochement a été fait entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution. Sans doute le droit de rétention n'est-il pas une sûreté réelle comme les autres : il n'entraîne ni droit de préférence, ni droit de suite. Mais, il ne faut pas prendre les effets classiques d'une sûreté pour un critère. Le droit de rétention est d'abord opposable à tous (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1992, *Bull. civ. I*, n° 4, *JCP* 1992. I. 3583, n° 16, *JCP* 1992. II. 21971, note Ramarolanto-Ratiaray, *RTD civ.* 1992. 586, obs. Gautier ; rappr, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 juin 1999) et mériterait, à ce titre, la qualification de droit réel, en tout cas de droit au service d'une créance, de droit accessoire garantissant un rapport principal.

<sup>43</sup> Aubry et Rau, *Droit civil français*, t. II, 7<sup>ème</sup> éd. par P. Esmein, Paris, Librairies Techniques, 1961, p. 85.

<sup>44</sup> G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil*, t. I, 2<sup>ème</sup> éd., Sirey, 1972, p. 482; voir aussi L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec*, Dalloz, 1967, p. 103.

<sup>45</sup> H.L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. I, 1<sup>er</sup> vol., 6<sup>ème</sup> éd. par F. Chabas, Montchrestien, 1980, p. 216.

<sup>46</sup> Voir not. V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, T. II, 5<sup>ème</sup> éd., Cotillon, 1855, n° 526-IV, p. 353 ; M. Chauveau, « Classification nouvelle des droits réels et personnels », 51 *Rev. crit. lég. et jur.*, 539, p. 567 et 600 ; R. Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *RTD civ.*, p. 333. Voir aussi. F. Hage-Chahine, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », (1982) *RTD. civ.* 705 ; il propose, comme nouvelle « *summa divisio* des droits, une classification entre les droits à réalisation immédiate et les droits à réalisation médiata. Cette distinction désagrège la catégorie des droits réels selon la thèse classique ; à l'intérieur de sa classification, Hage-Chahine range les hypothèques parmi les droits à réalisation médiata ».



réel mais simplement un droit d'être préféré sur le produit de la vente suivant l'ordre du temps »<sup>47</sup>. Rappelons-nous que nous avons signifié que l'hypothèque confère au créancier hypothécaire un droit de préférence. Mais, quoi que l'on dise, il est trop osé de réfuter la thèse expressément dérogée par le législateur français<sup>48</sup>, thèse consistant à faire de l'hypothèque un droit réel. Il est presque impossible de mettre en doute le caractère réel de l'hypothèque, dans l'état de la législation actuelle. Cependant, il convient de relever certaines conséquences liées au caractère réel de l'hypothèque.

A cet effet, la doctrine considère que le trait spécifique du droit réel résulte du lien juridique direct existant entre une personne et un bien<sup>49</sup>, c'est-à-dire la titularité du bien. Ce lien accorde au titulaire du droit, sans intermédiaire aucun, le bénéfice de certaines utilités matérielles ou économique du bien dont il est propriétaire. C'est pourquoi Tarik Lakssimi écrit que « le droit réel confère à son titulaire des pouvoirs sur l'objet<sup>50</sup> ». Le droit réel s'entend du lien direct entre une personne et un bien et comprend deux éléments : le sujet et l'objet<sup>51</sup>. En clair, il s'agit d'un rapport juridique qui ne comporte pas de sujet passif<sup>52</sup>.

**12.** La *summa divisio* des droits réels et des droits personnels provient ainsi du rapport juridique direct que le droit réel établit entre le titulaire et l'objet du droit et, par voie de conséquence, du pouvoir qu'il permet à son titulaire d'exercer sans intermédiaire de quiconque, sur l'objet du droit, puisque, le droit réel ne jouit que de deux composantes, tandis que le droit personnel « jouit de trois composantes : le créancier, le débiteur et l'objet »<sup>53</sup>. Dans le cadre du droit réel, l'objet devra être une chose déterminée individuellement, un bien certain qui peut être corporel ou incorporel.

Enfin, il est nécessaire de souligner que la particularité de ce rapport juridique entre la personne et le bien ne découle pas de circonstances spéciales qui affecteraient le sujet ou l'objet du droit. Bien au contraire, comme le soulignait déjà Beudant, « les droits portant sur des choses sont réels ou de créance suivant la manière dont ils affectent l'objet auxquels ils s'appliquent »<sup>54</sup> ; le droit réel qui atteint le bien de manière directe et immédiate se distingue de celui qui atteint le bien « de façon médiate, par l'intermédiaire d'une personne »<sup>55</sup>. Bien que cette théorie ait fait l'objet de vives critiques<sup>56</sup>, il n'en demeure pas moins vrai qu'elle emporte encore le plus d'adhésion en doctrine. Il y a lieu d'en retenir, pour la France et pour l'OHADA, les principaux éléments. Il en résulte particulièrement que l'hypothèque, parce qu'elle est un droit réel, établit un lien juridique direct et sans intermédiaire entre le créancier et le bien grevé d'hypothèque, lien qui se manifeste par une opposabilité spéciale du droit face aux tiers. La conséquence étant qu'il ne peut exister un lien direct entre le bien visé et le créancier dès lors que le constituant ne détient pas le droit réel principal sur ce bien dans son patrimoine.

<sup>47</sup> Commercial Litho Plate Graining (1970) Liée c. Imprimerie Cyr Liée, [1980] C S. 1123, p. 1124.

<sup>48</sup> Cette position est aussi soutenue par le législateur de l'OHADA.

<sup>49</sup> T. Lakssimi, *thèse précitée*.

<sup>50</sup> T. Lakssimi, *thèse précitée*, n° 2.

<sup>51</sup> *Ibid.*

<sup>52</sup> Tous les droits subjectifs impliquent pourtant un rapport entre personnes ; voir J. Dabin, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 94 ; G. Michaelidès-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ*, 216, p. 217. ; R. Martin, « De l'usage des droits et particulièrement du droit de propriété », *RTD. civ*, 1952, , p. 58-59.

<sup>53</sup> Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, 14<sup>ème</sup> éd., Litec, p. 337, n° 423.

<sup>54</sup> C. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2<sup>ème</sup> éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau & Cie, 1948, p. 50.

<sup>55</sup> J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ*, 20 p. 29.

<sup>56</sup> Voir. M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français*, t. III, avec le concours de M. Picard, LGDJ., 1926, p. 42 ; S. Ginossar, *Droit réel propriété et créance*, LGDJ., 1960, p. 112; aussi : S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ*.



**13.** En outre, à propos de l'hypothèque comme démembrement de la propriété, une question se pose. Celle-ci est d'une importance indéniable. L'hypothèque constitue-t-elle un démembrement de la propriété ou du droit qu'elle greève ? Cette question fort de son intérêt théorique a su diviser la doctrine, tant est-il que, plusieurs auteurs voient dans l'hypothèque un démembrement de la propriété. Pour ceux-ci, l'explication à cette assertion se trouverait dans le caractère réel<sup>57</sup> du droit d'hypothèque. En effet, si la propriété est « le faisceau de tous les droits réels »<sup>58</sup>, la constitution d'une hypothèque devrait donner lieu à la dislocation de ce faisceau, puisque dans le cadre de l'hypothèque, ce n'est plus la totalité des droits réels qui est concentrée sur la tête du propriétaire<sup>59</sup>, mais un bien défini. Parce que la propriété est le droit réel le plus complet qu'un individu peut avoir sur une chose, que tout autre droit réel portant sur le même bien ne peut être qu'un démembrement de la propriété<sup>60</sup>. Les auteurs qui soutiennent cette thèse se fondent aussi et surtout sur les effets de l'hypothèque sur les attributs du droit de propriété. Lorsqu'un bien est grevé d'hypothèque, le propriétaire de ce bien n'a plus le droit de le détruire, d'en diminuer la valeur ni d'en altérer la substance.

**14.** Nonobstant ce qui précède, il faut noter que la doctrine majoritaire balaie du revers de la main la thèse selon laquelle l'hypothèque serait un démembrement du droit qu'elle greève. En effet, pour cette doctrine à laquelle nous nous joignons, il faut se garder de ne pas confondre les droits réels principaux et les droits réels accessoires<sup>61</sup>. Ce qui intéresse le créancier hypothécaire, ce n'est pas tant le bien considéré en lui-même, mais la valeur économique de ce bien. Aussi, ces auteurs apprécient l'hypothèque comme un droit réel établi au second degré, qui donne lieu à une sorte de mise en gage du droit réel principal, sans provoquer le partage des attributs et des avantages qu'il confère<sup>62</sup>. Ainsi, l'hypothèque apparaît comme un droit réel accessoire, parce que celle-ci n'accorde au créancier aucune des utilités ordinaires du droit de propriété, c'est-à-dire le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*.

**15.** Après avoir précisé toutes ces considérations, il est possible de nous atteler à la plus importante, c'est-à-dire, celle de l'impossibilité de l'hypothèque du bien d'autrui. A cet effet, il sied de noter que les considérations précédentes sur le caractère réel de l'hypothèque, aussi théorique soient-elles, permettent d'entrevoir une conséquence fort importante pour la solution du problème de l'hypothèque du bien d'autrui. En effet, comme droit réel, comme lien direct entre le créancier et l'objet, l'hypothèque ne peut se former tant que le patrimoine du constituant ne comprend pas le droit réel principal qui permet d'affecter le bien visé. Parce que le bien affecté est propriété d'autrui que l'hypothèque en tant que droit de garantie est incapable de se déployer pleinement. Finalement, l'hypothèque, considérée comme dérivé de la propriété ou démembrement de celle-ci, émane du droit de propriété. Cela contribue à confirmer

---

<sup>57</sup> Le législateur de l'OHADA fait aussi de l'hypothèque un droit réel. Voir en ce sens, l'article 192, 2° de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés.

<sup>58</sup> G. Baudry-Lacantinerie et P. Deloynes, *Traité de droit civil, du nantissement, des privilèges et hypothèques, de l'expropriation forcée*, t. II, 3<sup>ème</sup> éd., Librairie de la société de recueil J.B. Sirey et du Journal du Palais, 1906, p. 2.

<sup>59</sup> L. Guillouard, *Traité des privilèges et hypothèques*, t. III, Librairie de la cour d'appel et de l'ordre des avocats, 1898, p. 451.

<sup>60</sup> C. Beudant, *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2<sup>ème</sup> éd. par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, avec la collaboration de P. Voirin, Rousseau & Cie, 1948, p. 310.

<sup>61</sup> C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, 3<sup>ème</sup> éd., Durand & Hachette, 1866, p. 353 ; M. Dejuglart, *Cours de droit civil*, t. I, 1<sup>er</sup> vol., 10<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 1980, p. 99 ; A. Weill, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 1969, p. 10 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, *Les biens et les obligations*, P.U.F., 1967, p. 34 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ., 1977, p. 160.

<sup>62</sup> M. Planiol et G. Ripert, *op. cit.*, p. 376.



l'impossibilité de donner quelques substances à la sûreté hypothécaire tant que le constituant n'a pas obtenu son droit de propriété. En effet, parmi les conditions de fond de constitution de l'hypothèque, on note la capacité.

**16.** Si la capacité peut s'apprécier en une capacité d'exercice, elle peut aussi s'apprécier en une capacité de jouissance. Aux termes de l'article 2410 du Code civil, « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui a la capacité de disposer de l'immeuble qu'il y soumet »<sup>63</sup>. Ce texte évoque la capacité d'aliéner le bien, et exige<sup>64</sup> que le constituant de la sûreté soit propriétaire, et plus précisément, titulaire du droit qu'il hypothèque<sup>65</sup>. Deux auteurs écrivent que « l'existence, dans la personne de celui qui constitue une hypothèque, d'un droit actuel de propriété sur l'immeuble, au moment où il est grevé d'affectation hypothécaire, est la condition même de la possibilité légale de cette affectation : cette condition est substantielle »<sup>66</sup>. En ce sens, sous l'angle de la nullité contractuelle<sup>67</sup>, le contrat d'hypothèque serait entaché d'une nullité absolue comme manquant à l'objet<sup>68</sup>. C'est dire que tout intéressé peut invoquer la nullité du contrat d'hypothèque du bien d'autrui<sup>69</sup>, et que, cette hypothèque du bien d'autrui, parce que entachée de nullité absolue, n'est pas non plus susceptible de régularisation, « même si plus tard, le constituant acquiert la propriété ou même si le véritable propriétaire succède ultérieurement au constituant et donne son accord à l'hypothèque »<sup>70</sup>. Ainsi, il est permis de relever qu'il doit y avoir une concomitance entre la formation du contrat d'hypothèque et la naissance du droit réel accessoire, tant est-il que cette concomitance va permettre la détermination de la sanction susceptible de frapper l'acte hypothécaire visant le bien d'autrui.

**17.** Quid à présent des droits du créancier avant le déploiement effectif de l'hypothèque ? Il est intéressant d'identifier les droits du créancier ayant conclu une hypothèque avant que le bien grevé de sûreté n'appartienne au constituant. Une telle affectation ne serait-elle pas un contrat produisant son effet à terme ?

En droit positif, le terme<sup>71</sup> est habituellement considéré comme rattaché à une obligation. Il est d'ailleurs défini comme une « modalité d'une obligation généralement contractuelle subordonnant son exigibilité ou son extinction à l'arrivée d'un événement futur qui, au moment

---

<sup>63</sup> Voir aussi l'article 203 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qui dispose que, « l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par celui qui est titulaire du droit réel immobilier régulièrement inscrit et capable d'en disposer ». Cependant, l'Acte uniforme ne détermine pas ce qu'il entend par titulaire du droit réel, mais en laisse le soin au droit national. Voir en ce sens, CCJA, 1<sup>e</sup> ch., n° 054, 13 juin 2013 : Fédération des Caisses du Crédit Mutuel du Sénégal c/ 1. Sté Sénégal Construction International S.A., 2. Serigne Gaye, *Ohadata J-15-54*.

<sup>64</sup> Le texte passe sous silence la capacité requise du créancier, simplement parce que l'hypothèque n'est, pour lui, qu'un acte conservatoire. Sur la notion d'acte conservatoire, voir. C. Brenner, L'acte conservatoire, LGDJ, 1999, préf. P. Catala. On notera aussi que rien n'interdit à un créancier déjà titulaire d'un titre exécutoire de demander à bénéficier d'une hypothèque, Paris, 15 mars 1985, *D.* 1986. 287, note Prévault.

<sup>65</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* 2023, n° 485.

<sup>66</sup> Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* 2023, n° 486.

<sup>67</sup> Voir. D. Houtcieff, *Droit des contrats*, 8<sup>ème</sup> éd., Bruylant, 2023.

<sup>68</sup> Civ., 24 mai 1892, *DP* 1892. 1. 327.

<sup>69</sup> C'est-à-dire, le véritable propriétaire et ses ayants cause, les créanciers chirographaires du constituant ainsi que ceux auxquels le constituant aurait vendu l'immeuble après en être devenu propriétaire. Le constituant lui-même pourrait invoquer la nullité (voir. cependant, Nancy 30 mai 1843, *S.* 1843. 2. 547, en décidant que le constituant ne peut agir que si sa bonne foi est établie au moment de la conclusion de l'accord).

<sup>70</sup> Civ., 13 nov. 1912, *DP* 1913. 1. 433, note de Loynes. Comp. Paris 5 juill. 1877, *DP* 1877. 2. 168.

<sup>71</sup> Voir. Art. 1305 du Code civil.



de l'engagement, est de réalisation certaine »<sup>72</sup>. Cependant, il ne fait l'ombre d'aucun doute que le contrat a pour effet, non seulement de créer des obligations, mais encore, de transférer ou constituer des droits réels. En conséquence de cette considération, le terme pourrait, du moins théoriquement, s'appliquer à la clause d'affectation hypothécaire. Mais, cette hypothèse ne peut concrètement se réaliser, pour une raison très simple : en matière d'hypothèque, c'est l'obligation garantie qui est assortie d'un terme. En outre, l'acquisition du droit de propriété ne peut être conçu comme un événement certain qui puisse valoir comme terme de la constitution de la garantie. D'ailleurs, en tant qu'événement futur et certain, le terme ne diffère pas l'existence de l'obligation ou du droit réel visé par le contrat mais il retarde plutôt l'exigibilité de l'obligation ou l'efficacité du droit réel. Ainsi, ce mécanisme ne peut expliquer de façon satisfaisante la solution qui existe lorsqu'un débiteur hypothèque un bien avant d'en être propriétaire. Dans ce cas, l'existence même de la sûreté est retardée au même titre que l'efficacité de cette sûreté. Parce que l'hypothèque est privée de substance juridique du seul fait de l'incapacité d'aliéner le bien, que celle-ci ne peut exister. Le créancier hypothécaire ne peut ainsi se prévaloir aisément de cette sûreté.

**18.** Par ailleurs, quand bien même l'hypothèque serait constituée par un non propriétaire, que cette constitution ne saurait porter préjudice au créancier. En effet, à condition d'être de bonne foi, le créancier hypothécaire peut se prévaloir de l'acte apparent conformément à l'article 1321 du Code civil. Ainsi, comme le souligne une doctrine, le créancier hypothécaire peut se prévaloir de l'hypothèque consentie par un prête-nom<sup>73</sup>. C'est le cas par exemple lorsque le constituant est une société dont la nullité est prononcée par le juge sur le fondement de la fictivité. Un arrêt de la Chambre commerciale<sup>74</sup> de la Cour de cassation française a pu faire application de ces principes. Pour cette décision rendue au visa de l'article 1844-15 du Code civil, « une société fictive est une société nulle et non existante et (...) la nullité opère sans rétroactivité, de sorte que la sûreté réelle consentie par la société (...) avant que sa fictivité ne fût déclarée, demeure valable et opposable aux créanciers chirographaires, en l'absence de fraude (...) ». C'est dire que, parce qu'en droit des sociétés la nullité n'a aucun effet rétroactif, qu'il en résulte que l'hypothèque constituée antérieurement à la déclaration de fictivité reste valable. Cette solution, tout en réservant le jeu de la fraude, assure la sécurité juridique et l'efficacité de l'hypothèque, garantissant par la même occasion la sécurité du crédit. Aussi, est-il qu'elle est conforme aux règles en matière de simulation.

Quand en-est-il des sûretés mobilières sur le bien d'autrui ?

## **B. La nullité des sûretés mobilières sur le bien d'autrui**

**19.** Le Code civil Napoléon consacrait une *summa divisio* des sûretés<sup>75</sup> mobilières : le gage et les privilèges. Cependant, avec l'évolution du droit, cette distinction ne saisissait plus toute la matière, parce que, depuis 1804, la fortune mobilière s'est diversifiée et de nouvelles techniques de garantie sont apparues, il s'agit du nantissement sur le fonds de commerce, du warrant agricole, du gage automobile, du nantissement sur le matériel et l'outillage, du nantissement de parts sociales, du nantissement de compte d'instruments financiers... Cette liste des sûretés

<sup>72</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, 13<sup>ème</sup> éd., PUF Quadrige, 2021.

<sup>73</sup> M. Dagot, *précité*, p. 333 ; Ph. Simler et Ph. Delebeque, *précité*, n° 412.

<sup>74</sup> Cass. com., 22 juin 1999, n° 98-13.611, *JCP E* 1999, II, n° 181, note C. Cutajar.

<sup>75</sup> Au sens large du terme.



modernes pour peu que nous sachions est longue et « difficile à arrêter »<sup>76</sup>. Les réformes intervenues en droit français depuis 2006 et celle intervenue en droit de l'OHADA en 2010 ont parachevé l'évolution des sûretés mobilières. Mais toujours est-il qu'on note une *summa divisio* des sûretés mobilières, distinction entre les sûretés mobilières avec dessaisissement (le droit de rétention, le gage et le nantissement avec dépossession et la cession fiduciaire) et les sûretés mobilières sans dessaisissement (le gage sans dépossession, les hypothèques mobilières, la réserve de propriété et les privilèges). Dans le cadre de cette étude, nous nous intéresserons au gage, au nantissement et droit de rétention. Nous laisserons de côté la cession fiduciaire.

**20.** Le gage est, aux termes de l'articles 2333 du Code civil, « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs »<sup>77</sup>.

Malgré la réforme intervenue en France en 2021 et la réforme de l'Acte uniforme OHADA de 2010, les anciennes définitions du gage ont conservé leur valeur. Le gage est plus précisément, « un contrat constitutif d'une sûreté réelle mobilière, car il confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose formant l'objet du gage, par préférence aux autres créanciers »<sup>78</sup>. Il faut donc se garder de confondre le gage au sens technique, avec le droit de gage général<sup>79</sup>, que les articles 2284 et 2285 du Code civil accordent à tout créancier sans distinction.

**21.** Comme le fait remarquer l'un des auteurs de ces lignes, « la définition du gage manifeste un effort remarquable de perfectionnement du gage. La dépossession par le constituant du bien gagé entre les mains du créancier gagiste n'est plus une condition de validité du contrat de gage<sup>80</sup> ». De même, parce que le gage peut porter sur un meuble corporel isolé ou sur un ensemble de meubles corporels, sur des biens meubles corporels présents ou futurs, que la réforme de l'Acte uniforme intervenue en 2010 n'aurait pas dû consacrer les gages spéciaux<sup>81</sup>, notamment, le gage de stocks<sup>82</sup> ou sur stocks, le gage de véhicule automobile et le gage de matériel professionnel. Ces gages spéciaux sont pratiquement inutiles, compte tenu des possibilités qui sont offertes par le droit commun du gage<sup>83</sup>. Cependant, qu'il s'agisse du gage de droit commun ou des gages spéciaux, la solution est la même, lorsqu'il faut évoquer le gage du bien d'autrui.

**22.** A propos de la constitution du gage, il convient de préciser que le constituant peut être soit le débiteur lui-même, soit un tiers<sup>84</sup>. Cependant, qu'il s'agisse d'une sûreté pour soi ou d'une

<sup>76</sup> Voir. P. Crocq, « Sûretés mobilières : état des lieux et perspectives », *Rev. proc. coll.* 2009, n° 6. Voir. égal. Westendorf, *Les sûretés et garanties en droit luxembourgeois*, t. 1. Les principales garanties mobilières conventionnelles, Larcier 2018.

<sup>77</sup> Voir aussi l'article 92 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, aux termes duquel le gage est « le contrat par lequel le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence sur un bien meuble corporel ou un ensemble de biens meubles corporels, présents ou futurs ».

<sup>78</sup> Voir. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *op. cit.* 2023, n° 655.

<sup>79</sup> Voir. not. [V. Egéa](#) et [L. Tranchant](#), *Droit des obligations 2024*, Dalloz, 2023.

<sup>80</sup> M.-E. Mfini, *op. cit.* 2024, n° 91.

<sup>81</sup> Ibid.

<sup>82</sup> Voir à cet effet, M.-E. Mfini, « Le gage de stocks en droit de l'OHADA », *Ohadata D-23-08* ; voir aussi, Ph. Delebecque, « Le gage de stocks », *RLDA*, n° 175, 2021.

<sup>83</sup> M.-E. Mfini, *op. cit.*, 2024, n° 91.

<sup>84</sup> Ce tiers est alors dans la situation d'une caution réelle et n'est tenu que sur le bien affecté en garantie, C. civ., art. 2291. Voir aussi, l'article 4, al. 3 *in fine* de l'AUS. Voir en outre, Ph. Simler., « Sûretés - Réforme des sûretés : sûreté réelle constituée par un tiers, renaissance du cautionnement réel ? » *JCP G*, n° 48, 3 Décembre 2021, 1339. *Afrilex Février 2024*



sûreté réelle pour autrui, comme le qualifie le droit français depuis un arrêt d'une chambre mixte de décembre 2005<sup>85</sup>, le constituant du gage doit être propriétaire de l'objet remis en gage et capable d'en disposer. L'hypothèse du défaut de propriété n'est ni marginale ni à passer sous silence. Ainsi, un dirigeant social ne pourrait donner en gage, pour garantir une dette personnelle, l'un des éléments du patrimoine de la société<sup>86</sup>, l'acquéreur d'un bien couvert par une clause de réserve de propriété n'est pas encore propriétaire et le gage qu'il conclut est sans doute nul. Nonobstant ces considérations, il convient de relever que cette règle n'est pas très gênante, car, d'une part, la nullité est classiquement considérée comme relative. C'est dire que seul le créancier pourra s'en prévaloir<sup>87</sup>, et d'autre part, le créancier sera protégé par les dispositions de l'article 2276 du Code civil français contre l'action en revendication du véritable propriétaire<sup>88</sup>.

**23.** Comme en matière d'hypothèque, l'acte juridique qui permet de gager un bien est un acte grave. C'est un acte de disposition qui relève ainsi des prérogatives du seul propriétaire du bien. En ce sens, un auteur affirme que, « la constitution de droits réels qu'ils soient principaux ou accessoires, participe du pouvoir de disposer, le contrat de gage est donc un acte de disposition »<sup>89</sup>. En engageant son bien en garantie d'une dette, qu'elle soit sienne ou pour autrui, le propriétaire du bien modifie la situation juridique du bien, celui-ci apparaît comme obligé par son affectation en garantie. Ainsi, le créancier gagiste est titulaire d'un droit réel accessoire

---

M.-E. Mfini, « le cautionnement réel en droit OHADA : inomé par alliage », *Lexbase*, n° 60, 2022 ; « Le cautionnement réel OHADA : cette sûreté atypique », *Revue congolaise de droit et des affaires*, n° 51, 2023 ; « Sûreté réelle pour autrui : l'ordonnance française n° 2021-1192 vient à nouveau de brouiller les cartes », *Revue africaine de droit bancaire et boursier*, vol. 2, n° 8, 2022 ; M.-T. Atangana-Malongue, « Le cautionnement réel dans l'Acte uniforme Ohada », *Revue Penant*, n° 872, 2010, p. 277 ; F. Grua, « Le cautionnement réel », *JCP G* 1984, I, 3167 ; Ph. Simler, « Le cautionnement réel est réellement - aussi-un cautionnement réel », *JCP G* 2001, I, 367 ; J. François, « L'obligation de la caution réelle », *Deffrénois* 2002, art. 37604, p. 120 8 ; B. Savoure, « Le point sur le cautionnement réel », *Dr. et patr.* 2003, n° 117, p. 72 ; V. Bremont, « Le cautionnement réel est aussi un cautionnement personnel », *JCP N* 2002, n° 1640 ; F. Sauvage, « Le cautionnement réel ou, de quelques difficultés pratiques liées à l'émergence d'un engagement personnel de la caution réelle », *RD bancaire et fin.* juill.-août 2003, p. 253 ; M. Mignot, « La nature du cautionnement réel à la lumière de la pratique contractuelle bancaire », *Dr. et patr.* n° 110, déc. 2002, p. 30 ; « Nature du cautionnement réel : quand la volonté de la Cour de cassation l'emporte sur celle des parties », *RLDC* janv. 2006, p. 25 ; Ph. Simler, « *Eppur, si muove !* Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP G* 2006, I, 172 ; A. Hontbeyrie, « La dissolution de la personne morale créancière, débitrice principale ou caution », *RLDA* 2021/175, Suppl., n° 7326 ; M. Youbi-Bouhari, « Les cautionnements en droit uniforme », *Ohadata* D-18-17 ; M.-T. Atangana-Malongue, « Le cautionnement réel dans l'Acte uniforme Ohada », *Revue Penant*, n° 872, 2010, p. 277. ; Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles*, Bibl. th. Panthéon, 2005.

<sup>85</sup> Ch. mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006, jur. p. 729, concl. J. Sainte-Rose et 733, note L. Aynes ; *D.* 2006 ; 1543, note V. Bonnet *JCP G* 2005, II, 10183, note Ph. Simler et *JCP E* 2006, 1056, note S Piédelièvre, *RTD civ.* 2006, 595.

<sup>86</sup> Paris 12 juin 1998, *JurisData* n° 022186, ajoutant que le dirigeant se rend alors coupable d'un abus de crédit social ; *rappr.* *Crim.* 15 sept. 1999, *JurisData* n° 003936.

<sup>87</sup> Voir. Paris 2 oct. 1987, *Banque* 1987. 1208, obs. Rives-Lange.

<sup>88</sup> *Civ.*, 19 juin 1928, *S.* 1932. 1. 15 : le créancier gagiste a sur les choses mobilières remises en gage un droit réel qui lui permet d'invoquer l'article 2276, s'il est de bonne foi et si le gage est régulier. Cependant, le véritable propriétaire pourrait revendiquer les meubles perdus ou volés, mais engagés, sans avoir du reste, à rembourser le créancier gagiste, ce dernier n'ayant pas acheté le bien dans une foire ni dans un marché (Voir. *Civ.*, 11 mai 1898, *DP* 1898. 1. 5041). Une exception existe toutefois, en faveur des caisses de crédit municipal (Voir. Marty, Raynaud et Jestaz, n° 69. *Comp. Civ.*, 9 mai 1950, *Bull. civ.* I, n° 112, décidant que des prêts sur gage, constituant le moyen par lequel a été consommée une escroquerie au préjudice d'acquéreurs de bons d'une caisse de crédit municipal, ne peuvent en raison de leur caractère frauduleux, donner naissance au profit de cet établissement, à un droit de gage opposable aux porteurs de ces bons, simples créanciers chirographaires). Si le créancier n'est pas de bonne foi, la revendication doit aboutir (Paris 27 oct. 1994, *JCP* 1996. I. 3942, n° 11).

<sup>89</sup> Voir. C. Kuhn, « Le droit commun du gage », *LPA*, n° 63, 2008, p. 37.



portant sur un bien qui ne lui appartient pas, puisqu'il n'en est pas propriétaire. Ce droit réel accessoire lui confère cependant un droit de préférence.

**24.** De même qu'en matière d'hypothèque, il existe un lien direct entre le créancier-gagiste et le bien donné en garantie. Cette qualité de créancier-gagiste procède du contrat. En effet, elle a une origine contractuelle.

Au même titre que le Code civil français, l'Acte uniforme portant organisation des sûretés précise que le gage est une convention conclue entre deux personnes : le créancier et le constituant. Dans cette relation bipartite, le constituant n'est pas forcément le débiteur, puisque la sûreté réelle pour autrui est admise, aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA. La seule condition, que nous avons d'ailleurs déjà relevé, étant que le constituant soit propriétaire du meuble corporel gagé. L'engagement réel ne crée pour le créancier qu'un droit sur la valeur de la chose donnée en garantie et non un droit pour la valeur de la chose gagée.

**25.** La nullité du gage constitué sur le bien d'autrui n'est pas une solution nouvelle en droit, que l'on songe au droit français ou au droit de l'OHADA. En effet, en droit français, l'article 2335 du Code civil dans sa version de 2006 avait posé une solution critiquable en affirmant d'une manière péremptoire que le gage du bien d'autrui était « nul » et pouvait « donner lieu à des dommages-intérêts » lorsque le créancier avait ignoré que le bien appartenait à autrui. D'où la controverse dont on aurait pu se passer. Cependant, il était permis de penser que le législateur français n'avait pas voulu « remettre en cause les solutions acquises, notamment la protection du possesseur de bonne foi, et que la nullité du gage du bien d'autrui restait, à l'exemple de la nullité de la vente de la chose d'autrui, une nullité de protection dont seul le créancier-gagiste peut se prévaloir »<sup>90</sup>. Cette solution a été retenue par le législateur français, dans la nouvelle version de l'article 2335 du Code civil, aux termes duquel, « le gage de la chose d'autrui peut être annulé à la demande du créancier qui ignorait que la chose n'appartenait pas au constituant ».

L'argument formulé par les Professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, à la suite de cette réforme est captivant. En effet, pour ces auteurs, « si le constituant doit être capable d'aliéner, c'est parce que le gage a de fortes probabilités de déboucher sur une vente. La solution, certes controversée, relève du droit commun des sûretés : elle est la même en matière d'hypothèque »<sup>91</sup>.

**26.** Cela dit, il convient de relever que, seul le propriétaire du meuble peut l'engager dans un contrat de gage, et que le gage du bien d'autrui est entaché d'une nullité relative, solution qui diffère de celle de l'hypothèque du bien d'autrui. Qu'en est-il du nantissement du bien d'autrui ?

**27.** D'abord, soulignons que le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 2355 du Code civil français définit le nantissement, de façon générale, comme « l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel<sup>92</sup> ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs ». Pour sa part, le législateur de l'OHADA définit le nantissement à l'article 125 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, aux termes duquel, « le nantissement est l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en

<sup>90</sup> Voir. Rép. min. n° 16491, *RDT civ.* 2008. 519, obs. P. Crocq : égal. Poitiers 11 janv. 2011, *JCP* 2012, 626, n° 22.

<sup>91</sup> Voir. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janv. 1955, *Bull. civ.* I, n° 10, rendu en matière d'antichrèse ; on admet toutefois qu'un droit de copropriété peut être nanti (Voir. Civ., 6 juill. 1937, *DH* 1937. 421).

<sup>92</sup> G. Piette, « Le nantissement de meubles incorporels », *RLDA* mars 2007, p. 90.



garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables »<sup>93</sup>, « le nantissement est conventionnel ou judiciaire »<sup>94</sup>.

Au même titre que le gage, le nantissement est une sûreté réelle mobilière qui confère ainsi un « droit réel »<sup>95</sup> au créancier qui en est bénéficiaire. Le Code civil français ne traite que du nantissement de créance. C'est dire que, pour les nantissements portant sur d'autres biens, l'article 2355 du Code civil renvoie aux dispositions spéciales qui leur sont consacrées. A défaut de telles dispositions, « l'alinéa 5 de l'article 2355 renvoie au droit commun du gage, à l'exception du 4° de l'article 2286 : le nantissement n'accorde aucun droit de rétention au créancier nanti, sauf disposition spéciale contraire »<sup>96</sup>. Aussi, il convient de préciser que le législateur de l'OHADA organise un régime de droit commun du nantissement de créance. Le nantissement de compte bancaire n'est par ailleurs qu'un dérivé du nantissement de créance<sup>97</sup>, puisque l'article 136 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés dispose que, « le nantissement de compte bancaire est un nantissement de créance »<sup>98</sup>.

**28.** Le domaine d'application du nantissement est vaste. En principe, n'importe quel créancier peut en être le bénéficiaire. Aussi, n'importe quelle créance est susceptible d'être garantie par un nantissement, qu'elle soit actuelle ou future. Mais, à propos de l'objet du nantissement de créance, encore faut-il apporter des précisions sur la créance garantie et sur la créance donnée en nantissement. Pour ce qu'est de la créance nantie, il sied de noter, qu'il peut s'agir d'une créance présente ou future. Le nantissement peut même porter sur une fraction seulement de la créance, sauf si elle est indivisible<sup>99</sup>. Il s'étend aux accessoires de cette créance. En revanche, à propos de la créance garantie, il convient de noter que le nantissement peut garantir toute créance du débiteur à l'égard du créancier nanti, que cette créance soit présente ou future<sup>100</sup>.

**29.** Cela dit, il faut dès lors s'intéresser à la personne du constituant. Qui a la capacité de nantir un bien ? A cette question, les législateurs ont opté pour une solution similaire, qui ne relève pas de l'extraordinaire, tant est-il que le nantissement est un droit réel. Ainsi, le constituant du nantissement doit être propriétaire<sup>101</sup> du bien donné en garantie, par exemple du fonds de commerce, de l'œuvre artistique, et il doit avoir la capacité de l'aliéner. Sous cette condition, de date très ancienne, il est interdit au locataire-gérant de consentir un nantissement sur le fonds qu'il exploite, puisqu'il n'en est pas le propriétaire. Parce que le nantissement confère un « droit réel » au créancier, qu'il existe un lien direct entre le bien nanti et le créancier qui en bénéficie, c'est dire que ce rapport ne connaît aucun intermédiaire, contrairement au droit personnel.

Plus que la condition de capacité, qui s'apprécie dans les termes du droit commun, la qualité de propriétaire du bien donné en garantie est essentielle pour préserver les droits du créancier-nanti. A défaut, ce dernier ne peut trouver aucun secours dans les dispositions de l'article 2276 du Code civil, puisque, « par hypothèse, il n'est pas mis en possession du bien ». La question de la propriété semble être paisible. Par exemple, en matière de propriété intellectuelle, est

<sup>93</sup> Le nantissement d'un bien temporairement indisponible est possible (Cass. com. 30 sept. 2008 n° 07-12-768 : *RJDA* 12/08 n° 1311 : à propos de valeurs mobilières mais transposable à tout autre bien momentanément indisponible).

<sup>94</sup> Art. 125, al. 2, AUS.

<sup>95</sup> Cette assertion est cependant mitigée.

<sup>96</sup> G. Piette, *L'essentiel du droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., 2023-2024, Gualino, 2023.

<sup>97</sup> M. Julienne, *Le nantissement de créance*, préf. L. Aynès, Economica, 2012, n°s 513 et s.

<sup>98</sup> Voir. aussi, M.-E. Mfini, *op. cit.*, 2024, n° 106.

<sup>99</sup> J.-D. Pellier, « De la primauté des procédures collectives sur les sûretés », *JCP G* 2020, 423.

<sup>100</sup> Voir. M.-E. Mfini, *op. cit.* 2024, n° 106.

<sup>101</sup> Voir en ce sens, [Cass. com., 5 nov. 2002, no 00-14.885](#), *Bull. civ.* IV, n° 159, pour un nantissement constitué sur le bien d'autrui.



présupposé propriétaire, le déposant, qu'il s'agisse du brevet<sup>102</sup> ou d'un dessin ou modèle<sup>103</sup>. Les mêmes règles s'appliquent, *mutatis mutandis*, en ce qui concerne le certificat d'obtention végétale et les droits sur les topographies de produits semi-conducteurs. Dans tous les cas, comme le souligne un auteur, « le cessionnaire, à compter de la publicité de la cession, est investi à l'égard des tiers de la qualité de propriétaire et peut donc constituer un nantissement<sup>104</sup> ».

**30.** En matière de nantissement de propriété intellectuelle, les licenciés qui n'ont qu'un droit de jouissance pour l'exploitation de la propriété intellectuelle n'ont pas le droit de constituer un nantissement, puisqu'ils n'ont pas de droit de propriété. Cependant, ceux-ci peuvent nantir leur créance dans les termes du droit commun, sous réserve de la libre cessibilité de la licence. Aussi est-il que les licences d'office, admises en matière de brevet et de certificat d'obtention végétale, ne peuvent donner lieu à sûreté<sup>105</sup>. Du reste, la constitution d'un nantissement est certainement envisageable mais elle peut requérir, lorsque « la licence est conclue *intuitu personae*, le consentement du titulaire du monopole »<sup>106</sup>.

**31.** La conséquence de cette exigence est d'abord la nullité du contrat de nantissement. Aussi, est-il que le créancier nanti ne peut opposer l'article 2276 du Code civil au véritable propriétaire qui agit en nullité ou en inopposabilité du nantissement<sup>107</sup>. Mais, un problème se pose à propos de la possibilité pour le propriétaire d'agir en nullité du nantissement sur son bien. La sanction du nantissement du bien d'autrui « est » la même que celle du gage du bien d'autrui, c'est-à-dire, la nullité relative dont seul le créancier peut, dans ces conditions, se prévaloir<sup>108</sup>. Cette assertion est néanmoins sujette à discussion. En effet, s'il ne fait l'ombre d'aucun doute que pour consentir un nantissement, le débiteur doit, à peine de nullité, être propriétaire du fonds de commerce, on note cependant en législation, une absence de précision sur la nature de la nullité. Selon que l'on se réfère à la vente du bien d'autrui<sup>109</sup> ou à l'hypothèque du bien d'autrui<sup>110</sup>, le nantissement de fonds de commerce étant souvent assimilé à une hypothèque mobilière<sup>111</sup>, la nullité était tantôt relative, tantôt absolue. Mais la Cour du Quai de l'Horloge a tranché le débat en jugeant que « la nullité du nantissement d'un fonds de commerce appartenant à autrui est couverte lorsque, avant toute action en nullité, le constituant devient propriétaire du fonds »<sup>112</sup>. Par cet arrêt, le juge de régulation fait implicitement référence au régime de la vente de la chose

<sup>102</sup> CA Paris, 24 mai 1994, n° 93/008327, SCP Brouard Daude c/ X, PIBD 1994, III, p. 496), de la marque ([C. propr. intell., art. L. 713-1](#)).

<sup>103</sup> [C. propr. intell., art. L. 511-9](#).

<sup>104</sup> D. Legeais, *Droit des sûretés et des garanties du crédit*, 14<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2021.

<sup>105</sup> Sur l'incessibilité à titre isolé de ces licences en matière de brevet : [C. propr. intell., art. L. 613-13](#) ; et d'obtention végétale : [C. propr. intell., art. L. 623-21](#).

<sup>106</sup> En ce sens en matière de brevet : C. Souweine et A. Favreau, *Nantissement et saisie de brevet*, J.-Cl. Brevets, Fasc. 4770, 2015, n° 34

<sup>107</sup> Voir de manière générale, sur l'inapplication de l'[article 2276 du Code civil](#) aux meubles incorporels : [Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 1997, no 95-11.284](#), *Bull. civ. I*, n° 145 ; [Cass. com., 7 mars 2006, no 04-13.569](#), *Bull. civ. IV*, n° 62, *JCP G* 2006, II, n° 10143, note G. Loiseau, *D.* 2006, p. 2897, note C. Kuhn, *D.* 2006, pan., p. 2363, obs. B. Mallet-Bricout. et N. Reboul-Maupin, *RTD civ.* 2006, p. 348, obs. Th. Revet, *Dr. & patr.* 2006, n° 153, p. 103, obs. J.-B. Seube.

<sup>108</sup> CA Paris, 2 oct. 1987, Banque 1987, p. 1208, obs. J.-L. Rives-Lange.

<sup>109</sup> C. civ., art. 1599.

<sup>110</sup> C. civ., anc. art. 2129.

<sup>111</sup> Voir. O. Barret, *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001, p. 297 s.

<sup>112</sup> Cass. com., 5 nov. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 159 ; D. 2003. *AJ.* 70, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2003. 58. Obs. B. Saintourens.



d'autrui à propos de laquelle une jurisprudence avait rendu une décision identique<sup>113</sup>. Toutefois, « cette solution n'est pas risquée puisque l'action en nullité peut être introduite avant la signature de l'acte de cession du fonds au bénéfice du constituant »<sup>114</sup>.

**32.** Pourtant, même relative, la nullité du nantissement doit pouvoir être invoquée par toute personne protégée par la règle de droit, dont entre autres, le légitime propriétaire du bien. Cette sanction ne favorise pas le succès de l'action. Un nantissement constitué sur la propriété intellectuelle d'autrui peut, être validé par application de la théorie de l'apparence, « lorsque le constituant avait un titre apparemment valable et que le créancier a agi sous l'empire d'une erreur commune ». Quoiqu'il en soit, le nantissement du bien d'autrui est nul et de nullité relative, même si ce principe connaît des atténuations. En est-il de même du droit de rétention ?

Avant de répondre à cette question, il faut d'entrée de jeu dire ce qu'est le droit de rétention<sup>115</sup>.

**33.** Le droit de rétention<sup>116</sup> est traditionnellement défini comme le droit reconnu au créancier de retenir un objet, qu'il est pourtant tenu de restituer, jusqu'à ce qu'il ait été payé de tout ce que son débiteur lui doit<sup>117</sup>. Ce droit qui a pu être qualifié de primitif, est un mécanisme de garantie d'une très grande simplicité<sup>118</sup> : si le débiteur veut rentrer en possession de son bien, il devra payer le créancier. Toutefois, il n'en présente pas moins une efficacité redoutable, notamment en cas de procédure collective affectant le débiteur<sup>119</sup>. En pareille hypothèse, il est une des rares garanties, sans doute avec la réserve de propriété, qui conserve une réelle efficacité<sup>120</sup>. Dans certaines hypothèses, il est parfois malaisé de distinguer le droit de rétention de certaines institutions voisines. Il paraît difficile de le qualifier de façon satisfaisante. A juste titre, la question de la nature du droit de rétention, bien qu'ayant été déjà discutée en doctrine n'en demeure pas moins d'actualité. Longtemps un rapprochement avait été établi entre le droit de rétention et la saisie conservatoire, ou entre le droit de rétention et l'exception d'inexécution. Quoique l'on dise, le droit de rétention est bien une sûreté.

**34.** En droit de l'OHADA, le droit de rétention est réglementé par les articles 67 à 70 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés. Ainsi, l'article 67 dispose que, « le créancier qui détient légitimement un bien mobilier de son débiteur peut le retenir jusqu'au complet paiement de ce qui lui est dû, indépendamment de toute autre sûreté ». C'est dire que le droit de rétention implique nécessairement l'existence d'une créance<sup>121</sup>. A défaut de créance certaine, qu'elle ne

<sup>113</sup> Civ. 23 janv. 1832. S. 1832. 1. 666.

<sup>114</sup> Ch. Albiges et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., Dalloz HyperCours, 2021, p. 418.

<sup>115</sup> Voir. D. Legeais, « Quel avenir pour le droit de rétention ? », *RD bancaire et fin.* 2014, dossier 42.

<sup>116</sup> Voir sur ce sujet, A. Aynès, « Le droit de rétention reine des garanties immobilières en liquidation », *D.* 2019. 927 ; « Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective », *JCP* 2009. I. 119, p. 17 ; « L'existence du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *JCP* 2008, act. 300 ; « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006. 1301 ; Le droit de rétention, unité ou pluralité, *Economica*, 2005, préface C. Larroumet. Voir aussi, R. Bernard-Ménoret, « Le droit de rétention au sein des sûretés », *LPA* 2008, p. 55. F. Pérochon, « Le droit de rétention, accessoire de la créance », in *Mélange M. Cabrillac*, Dalloz, 1999, p. 389 ; S. Piédelièvre, « Remarque sur le rôle perturbateur du droit de rétention dans le droit des sûretés immobilières », *Dr. et patr.* avr. 2000, p. 42 ; C. Pourquier, « Faculté de rétention et procédures collectives », *D. Affaires* 1998. 936 ; « La rétention du gagiste ou la supériorité du fait sur le droit », *RTD com.* 2000. 569.

<sup>117</sup> M.-E. Mfini, *op. cit.* 2024, n° 118.

<sup>118</sup> *Ibid.*

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Ch. Albiges et M.-P. Dumont, *Droit des sûretés*, 8<sup>ème</sup> éd., HyperCours, 2022, p. 321.



soit pas née, ou qu'elle soit éteinte, aucun droit de rétention ne peut être déclenché<sup>122</sup>. Cela étant, si un doute survient quant à la certitude de la créance, et qu'un procès soit en cours, rien n'empêche le créancier d'exercer son droit de rétention, à ses risques et périls. Mais plus encore, comme l'on exprimé Marty, Raynaud et Jestaz, « pour retenir, il faut d'abord tenir ». C'est dire que le droit de rétention est subordonné à la détention, par le créancier du bien.

**35.** A la différence du véritable droit réel, le droit de rétention ne confère ni de droit de préférence, ni de droit de suite. Selon un courant doctrinal, le droit de rétention donnerait naissance à un droit personnel. Pourtant, la doctrine majoritaire considère que le droit de rétention est un droit *sui generis*. Ainsi, le rétenteur peut-il opposer son droit au propriétaire du bien formant l'objet de la rétention qui ne serait pas son débiteur ? Plus précisément, peut-il retenir un bien n'appartenant pas à son débiteur ? En réponse à cette question, on peut citer une solution de la Cour de cassation française<sup>123</sup>, qui avait fait observer que « si le droit de rétention était bien opposable aux tiers, il ne pouvait, en l'espèce, être exercé ». Cette solution peut se justifier par deux arguments. D'abord, le bien retenu doit être la propriété du débiteur ; ensuite, parce que le droit de rétention suppose une connexité entre la créance et le bien retenu. Or, en l'absence de connexité entre la créance invoquée et le bien retenu, il se déduit une impossibilité d'exercer un droit de rétention. Cette solution s'inscrivait dans le prolongement d'une jurisprudence établie<sup>124</sup>. Pourtant, la jurisprudence a retenu, à plusieurs reprises, que le droit de rétention est opposable *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous, y compris au tiers non tenu à la dette qu'est le propriétaire<sup>125</sup>. Ainsi, à ce jour, la solution retenue par la jurisprudence est celle de l'opposabilité *erga omnes* du droit de rétention.

**36.** Nonobstant ce qui précède, force est de constater la validité exceptionnelle des sûretés sur le bien d'autrui.

## II. La validité exceptionnelle des sûretés sur le bien d'autrui

La nullité des sûretés sur le bien d'autrui n'est pas un principe absolu, tant est-il qu'il est assorti d'exceptions, puisque l'hypothèque du bien d'autrui, le gage, le nantissement et le droit de rétention portant sur le bien d'autrui sont valides dans certains cas. Lorsque ces sûretés sont valides, elles permettent l'exercice d'un droit réel sur le bien d'un tiers. Cette validité procède, tantôt de règles spécifiques du régime des sûretés retenues dans cette étude, tantôt de dispositions générales du droit des obligations. Il s'agit d'une dérogation aux principes gouvernant les sûretés ayant emporté notre conviction. Plusieurs cas permettent de démontrer que les sûretés sur le bien d'autrui sont exceptionnellement valides. Nous en retiendrons pour ce qui nous concerne, cinq, notamment le cas de l'indivision en matière d'hypothèque et le cas du possesseur (A), le cas de la simulation, de l'inopposabilité et de la propriété apparente que nous avons brièvement abordé dans les précédents développements (B).

<sup>122</sup> Cass. com. 26 mars 2013, n° 12-12204, *Gaz. Pal.* juin 2013, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefand.

<sup>123</sup> Cass. com. 19 déc. 2018, n° 17-18.900.

<sup>124</sup> Cass. com. 18 mars 2003, *DMF* 2004, 595, obs. Vialard, *RTD com.* 2003, 418 et les obs.

<sup>125</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2009, *Gaz. Pal.* 13-14 janv. 2010, p. 22, obs. M.-P. Dumont, où la Cour de cassation rappelle que « le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus à la dette », mais précise qu'il est opposable aux sous-acquéreurs en dépit de leur bonne foi et de l'insolvabilité de la société intermédiaire (acheteur-revendeur) tombée en liquidation judiciaire, ces deux éléments « ne pouvant faire dégénérer en abus l'exercice de ce droit » ; Voir. égal. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 2017, n° 16-24029, *JCP G* 2018. 367, obs. Ph. Delebecque ; *RD banc. fin.* 2018, n° 2, p. 39. Obs. D. Iegeois.



## A. Le cas de l'indivision et du possesseur

**37.** Le cas de l'indivision se manifeste en matière d'hypothèque. Une règle admise aussi bien en droit français qu'en droit de l'OHADA voudrait que l'hypothèque ait un caractère indivisible. Cette indivisibilité qui est prévue à l'article 193 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, concerne l'assiette de la garantie d'une part et, d'autre part, la créance elle-même.

En ce qui concerne l'assiette de l'indivisibilité, il convient de relever qu'il signifie que tous les immeubles désignés et chaque fraction de l'immeuble répondent de la totalité de la dette. Ainsi, le créancier peut saisir la portion qu'il désire. En cas de partage entre héritier, chacun des héritiers qui reçoivent une part de l'immeuble est tenu de la totalité de la dette<sup>126</sup>. En cas de pluralité d'immeubles hypothéqués, chaque immeuble répond de la totalité de la dette. En ce sens, le créancier peut saisir l'un quelconque pour son paiement.

En revanche, en ce qui est de la créance, l'indivisibilité peut être envisagée activement et passivement. L'indivisibilité active de la créance, permet à chacun des nouveaux créanciers de saisir la totalité de l'immeuble hypothéqué, tandis que l'indivisibilité passive de la dette, n'affecte en rien la situation du créancier hypothécaire. Si l'immeuble grevé est affecté à un seul héritier qui ne supporte pourtant que sa quote-part de la dette, il demeure néanmoins tenu du tout en raison de l'hypothèque, quitte à se retourner pour le surplus contre les autres cohéritiers. Lorsque paiement partiel il y a, l'hypothèque demeure pour garantir le paiement du solde, si minime soit-il<sup>127</sup>.

**38.** Nonobstant ces considérations, il est possible de préciser, pour plus de clarté, qu'il est admis en matière d'hypothèque qu'une propriété indivise<sup>128</sup> puisse être affectée en garantie d'une dette. Cette hypothèque, est valable si, lors du partage, le constituant de la sûreté demeure propriétaire de certains droits dans l'immeuble grevé de sûreté. C'est pourquoi, il est permis d'affirmer, que la stipulation d'hypothèque sur une quote-part indivise est valable pour la fraction affectée en garantie, à condition que le constituant obtient, lors du partage, une partie indivise équivalente ou la totalité de l'immeuble. En outre, si le constituant a grevé de sûreté l'immeuble sans restriction, la sûreté portera sur tout droit de propriété attribué à ce constituant lors du partage<sup>129</sup>. C'est pour dire, que si le constituant n'obtient aucun droit dans l'immeuble à l'issue du partage, la garantie réelle disparaîtra. Mais, il n'en demeure pas moins vrai que l'hypothèse de l'hypothèque conclue sur un bien indivis est sujette à difficulté. On note en doctrine une multitude de positions, contradictoires. Au cas où l'hypothèque affecte la totalité de l'immeuble et, si tous les coïndivisaires ont consenti la sûreté, celle-ci est considérée comme parfaitement valable. Par conséquent, le créancier pourra accomplir immédiatement la saisie de l'immeuble, sans « attendre le partage de l'indivision comme l'indique l'article 2412 al. 1<sup>o</sup> du Code civil français »<sup>130</sup>.

L'article 2412, al. 1<sup>er</sup> du Code civil ne fait que confirmer une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation française<sup>131</sup>. Dans un tel cas, si seul un coïndivisaire est débiteur, les autres auront la qualité de cautions réelles, en raison de l'affectation du bien à la garantie de la dette

<sup>126</sup> Voir. P. ANCEL, *Droit des sûretés*, lexisnexis litec, coll. objectif droit, 5<sup>ème</sup> éd., 2008.

<sup>127</sup> Voir. M.-E. Mfini, *op. cit.* 2024, n° 82.

<sup>128</sup> Plus généralement sur cette hypothèse, C. Grace-Didier, « La classification des actes de disposition, d'administration et conservatoires à l'épreuve de la constitution d'une sûreté réelle sur un bien indivis », *JCP N* 2017. 1149).

<sup>129</sup> Voir. M. Deschamps, « Vers une approche renouvelée de l'indivision », *McGill*, 1984, L.J. 215, p. 230 et 246.

<sup>130</sup> Ch. Albiges et M.-P. Dumont, *op. cit.*, n° 450.

<sup>131</sup> Cass. com., 28 juin 2005, *JCP* 2005. I. 185. n° 14, obs. Ph. Delebecque ; *JCP N* 2006. 1025, note. V. Brémond.



d'un tiers. En revanche, si un seul coïdivisaire hypothèque le bien ou tout du moins si la sûreté est conclue sans l'unanimité de tous les indivisaires, le créancier ne pourra pas poursuivre la réalisation de l'hypothèque avant le partage de l'indivision.

Comme déjà précisé, le créancier pourra, exercer, lors du partage son droit sur la part de son débiteur, droit qui se reporte selon la jurisprudence, « sur le prix obtenu par le débiteur du fait du partage »<sup>132</sup>. Dans un tel cas, la sûreté n'est pas nulle mais elle ne sera validée que si l'immeuble est mis dans le lot du constituant de l'hypothèque lors du partage. En revanche, si l'immeuble tombe dans celui d'un autre coïdivisaire, la sûreté sera caduque, car « elle est censée être conclue par un non-proprétaire »<sup>133</sup>.

**39.** Ce résultat est la résultante de l'effet déclaratif du partage. Il ne se produit que lorsque cet effet existe<sup>134</sup>. Pourtant, cette solution n'a rien d'extraordinaire, tant est-il qu'elle est conforme aux principes ordinaires gouvernant le droit de l'hypothèque, principes selon lesquels l'hypothèque disparaît si le bien donné en garantie ne tombe pas dans le lot du constituant au moment du partage. Au cas où, au moment du partage, le bien affecté en garantie ne tombe pas dans le patrimoine du constituant, comme étant sa propriété, l'hypothèque disparaîtra, car, défaut de propriété oblige. Cependant, à propos de licitation, si le prix de vente est totalement ou partiellement payable au constituant de l'hypothèque, le créancier maintiendra son droit de préférence sur cette partie du prix de vente qui revient au constituant de l'hypothèque<sup>135</sup>.

Là aussi, la solution n'a rien d'extraordinaire, tant elle est théoriquement admise, lorsque l'adjudication a lieu au profit d'un tiers, d'autant que l'effet déclaratif n'existe pas dans un tel cas. Cependant, l'adjudication à un co-partageant implique que celui-ci est tenu pour avoir été propriétaire depuis le début de l'indivision. De son côté, le constituant de l'hypothèque est présumé n'avoir jamais été propriétaire du bien. On note une solution fort ancienne, élaborée par les tribunaux canadiens, solution selon laquelle l'hypothèque émanant d'un indivisaire serait partiellement efficace dans la mesure où elle aurait permis au créancier d'exercer sa préférence sur le prix de vente ou la partie de ce prix attribué au constituant de la sûreté. La préférence dont il est question ici trouve son fondement sur une hypothèque visant un bien qui n'appartient pas au constituant, puisque celui-ci est tenu pour n'avoir jamais été propriétaire du bien grevé de sûreté.

Dans la relation créancier/constituant, ce résultat ne pose pas de problème. Cependant, il soulève des doutes lorsque des tiers sont impliqués. Il peut s'agir des créanciers chirographaires du constituant qui auraient intérêt à écarter une cause de préférence irrégulièrement établie<sup>136</sup>.

Les juridictions canadiennes expliquent cette position en considérant l'effet déclaratif comme une fiction légale qui vise à assurer le co-partageant attributaire, qu'il recevra l'immeuble libre de toutes charges et hypothèques qui auraient été consenties par d'autres indivisaires pendant l'indivision<sup>137</sup>. Or, une telle fiction n'est pas profitable au constituant, mais seulement à l'attributaire.

<sup>132</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2020, n° 19-20.007, *JCP G* 2020, 418, n° 19, obs. Delebecque.

<sup>133</sup> Ch. Albiges et M.-P. Dumont, *op. cit.*, n° 451.

<sup>134</sup> Voir. U. Joron, « Des effets du partage et de la validité de l'hypothèque sur propriété indivise », R. du N. 299, 1933, p. 307.

<sup>135</sup> Voir. J.E. Roy, « Des hypothèques sur propriété indivise », R. du N. 308, 1902, p. 311 ; A. Lavallée, « Propos aux notaires, Validité de l'hypothèque sur une portion indivise », 69 R. du N, 1966-67, 535.

<sup>136</sup> En France, une solution contraire fut été adoptée, l'effet déclaratif y produisant ses conséquences de façon rigoureuse ; le créancier n'a pas de préférence sur le prix de vente attribué au constituant.

<sup>137</sup> Quinta/ et Bruneau c. Banque Jacques-Cartier, (1900) 10 B.R. 525; Perras c. Banque Provinciale du Canada, [1956] B.R. 731.



40. En outre, à propos du cas du possesseur, il sied de rappeler la situation de l'hypothèque établie par un possesseur, c'est-à-dire une personne qui n'a pas de droit de propriété sur le bien donné en garantie, puisqu'il n'en a que la possession. Selon une interprétation fort ancienne, une hypothèque constituée par un possesseur aura un effet à compter de la date de son enregistrement, quand bien même le titre ultérieur de ce constituant était privé d'effet rétroactif. Pourtant, cette exception à l'interdiction de l'hypothèque du bien d'autrui est réduite par la réserve du droit des tiers. Il n'en demeure pas moins que le possesseur, peut constituer une hypothèque qui va voir le jour, comme droit réel, avant même que ce possesseur ne soit devenu propriétaire de l'immeuble affecté. Aussi, est-il que, une hypothèque constituée par le véritable propriétaire de l'immeuble avant que le possesseur n'ait obtenu son titre parfait, peut continuer d'exister, en dépit du titre subséquemment reconnu au possesseur.

41. Cela étant, s'il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'hypothèque du bien d'autrui est frappé de nullité absolue, il n'en demeure pas moins vrai que ce principe est assorti d'exception. En ce sens, par la théorie de l'apparence en faveur du créancier de bonne foi, l'hypothèque de la chose d'autrui peut être valide. C'est dire que, une réserve à ce principe se manifeste par l'éventuelle application de la théorie de l'apparence en faveur du créancier de bonne foi qui a commis une erreur commune, qui aurait « pu être commise par toute personne »<sup>138</sup>. Le constituant de l'hypothèque n'est que le propriétaire apparent du bien concerné.

## B. Le cas de simulation, de l'inopposabilité et de la propriété apparente

42. Le constituant de la sûreté réelle, qu'elle soit mobilière ou immobilière doit être propriétaire du bien affecté en garantie d'une dette. Cependant, une exception peut être relevée : il n'est pas indispensable que la qualité de propriétaire existe à l'égard de tous. Il est possible « que le constituant en soit investi à l'égard du créancier, bénéficiaire de la sûreté<sup>139</sup> ». Par exemple, il est possible que l'hypothèque sur le bien d'autrui puisse se produire dans le cadre de l'application des règles de la simulation. En ce sens, il est permis d'affirmer que, lorsque le constituant détient son droit en vertu d'un acte simulé, l'hypothèque qu'il a consenti est valable, malgré l'acte réel attribuant la propriété à une autre personne que le constituant lui-même<sup>140</sup>. Cependant, il ne faut pas confondre la simulation des cas d'annulation du titre pour fraude aux créanciers ou autres causes de nullité. Pourtant, en matière d'hypothèque, le créancier de mauvaise foi pourrait se voir opposer l'acte réel. D'ailleurs, n'avons-nous pas signalé que l'hypothèque du bien d'autrui est entaché de nullité absolue ?

43. En outre, le créancier peut avoir intérêt à se prévaloir de l'acte réel. En ce sens, si l'acte apparent est une vente, tandis que la contre-lettre révèle qu'il y a eu simple location, le créancier du vendeur qui voudrait, enregistrer une hypothèque judiciaire, pourra invoquer la contre-lettre, à condition que celui-ci parvienne à établir la simulation de l'acte apparent. En cas de conflit entre le créancier qui invoque l'acte apparent et celui qui invoque la contre-lettre, il semblerait que l'hypothèque du premier soit préférée à celle du second. Aussi est-il que les règles de la simulation couvrent le cas du prête-nom. Ainsi, une hypothèque consentie par un prête-nom

<sup>138</sup> Voir. Ch. Albiges et M.-P. Dumont, *op. cit.*, n° 450.

<sup>139</sup> G. Baudry-Lacantinerie et P. Deloynes, *op. cit.*, p. 408.

<sup>140</sup> J.L. Baudouin, *op. cit.*, p. 165; A. Larouche, « Chronique de droit des obligations : Opposabilité des contrats aux tiers, simulation », *RGD*. 1973. 201, p. 221.



sera valable, quoique dans les rapports entre le prête-nom et son commettant, cette opération puisse s'apprécier en une hypothèque du bien d'autrui.

Cette analyse permet de relever que les droits du créancier peuvent primer ceux du véritable propriétaire du bien donné en garantie, en vertu d'une faveur spéciale résultant du fait suivant : « le créancier étant en droit de considérer le constituant comme le véritable propriétaire de l'immeuble affecté, à cause de l'apparence découlant de la simulation ».

**44.** Aussi, à propos de l'inopposabilité, il sied avant tout de convoquer une jurisprudence française qui avait établi que, « le propriétaire représentait valablement le créancier hypothécaire dans les poursuites visant son droit de propriété, de telle sorte que les jugements rescisoires étaient opposables au créancier hypothécaire, même s'il n'avait pas été mis en cause »<sup>141</sup>. Cette jurisprudence a connu une critique formulée par un auteur<sup>142</sup>, critique qui a emporté la conviction de la doctrine dans sa majorité. Celle-ci a eu pour conséquence de tempérer ce principe. Ainsi, le jugement rescisoire rendu contre le débiteur hypothécaire emporte toujours, l'annulation de l'acte d'hypothèque mais, il est reconnu au créancier le droit d'être appelé en cause, « à défaut de quoi, le jugement lui sera inopposable »<sup>143</sup>.

**45.** Au Québec, la Cour de révision<sup>144</sup> avait été appelée à se prononcer sur le sort d'une hypothèque constituée par un propriétaire dont le titre avait été annulé pour vice de consentement. Cette Cour avait considéré que la « nullité du titre est fatale pour l'hypothèque lorsqu'elle résulte d'une instance à laquelle le créancier a été appelé »<sup>145</sup>.

**46.** Par ailleurs, le cas de la propriété apparente n'est pas propre à l'hypothèque. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de maintenir la sûreté du créancier de bonne foi dans des cas de nullités contractuelles assorties de l'effet rétroactif et donnant lieu à la remise des parties en état. Aussi est-il qu'un gage constitué par une société ultérieurement déclarée fictive est valable<sup>146</sup>. Dans le même ordre d'idée, il est possible de valider le nantissement du bien d'autrui. Ainsi, la Cour de cassation française a pu juger que, « la nullité du nantissement d'un fonds de commerce appartenant à autrui est couverte lorsque, avant toute action en nullité, le constituant devient propriétaire du fonds<sup>147</sup> ». C'est dire que si le constituant devient propriétaire du bien nanti, la sûreté pourra être validée.

**47.** Enfin, le problème ne se pose pas trop à propos du droit de rétention car, comme nous l'avant déjà précisé, le droit de rétention est opposable *erga omnes*, même à l'égard du véritable propriétaire du bien retenu par le créancier rétenteur. C'est dire que la rétention du bien d'autrui est en principe admise. Mais, il est intéressant de préciser que, lorsque le droit de rétention est fondé sur un lien de connexité purement juridique, il ne peut être invoqué contre le propriétaire non débiteur<sup>148</sup>. Ainsi, parce que la dette naît à l'occasion de la détention, le droit de rétention est opposable au tiers propriétaire non débiteur. Ce raisonnement est admissible, « dans la mesure où la créance profite à la chose – peu importe qu'il n'en résulte pas d'augmentation de

<sup>141</sup> V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 8<sup>ème</sup> éd., T.V., Paris, Delamotte & FilsetCie, 1889, p. 202 à 208.

<sup>142</sup> Ibid.

<sup>143</sup> Ibid.

<sup>144</sup> Ouellet c. Röchelte, (1883) 9 Q.L.R. 289.

<sup>145</sup> Ibid, p. 291

<sup>146</sup> Cass. com., 22 juin 1999, n° 96-12901, *JCP E* 2000. 181, note C. Cutajar.

<sup>147</sup> Cass. com., 5 nov. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 159 ; D. 2003. *AJ.* 70, obs. E. Chevrier ; *RTD com.* 2003. 58. Obs. B. Saintourens.

<sup>148</sup> CE 2 juill. 2003, *RTD civ.* 2004. 324 obs. crit. P. Crocq ; *JCP* 2003. II. 10180. note. J. Martin et P.-Y. Nauleau.



valeur ». Étant née *intuitu rei*, à l'occasion de la chose retenue, la Cour de cassation considère qu'il est normal que la chose retenue garantisse le remboursement de cette créance, par l'intermédiaire de celui qui exerce sur elle son pouvoir, c'est-à-dire le propriétaire.

## Conclusion

**48.** Des développements de cette étude, il sied de noter deux aspects des sûretés réelles. D'abord, les sûretés réelles, droits réels de garantie ne peuvent se former sur le bien d'autrui. C'est dire que les sûretés sur le bien d'autrui sont nulles, selon que la nullité peut être relative ou absolue. Donc, le droit réel de garantie sur le bien d'autrui n'existe pas. Pourtant, ce constat n'épuise cependant pas la question des sûretés sur le bien d'autrui, tant est-il que l'analyse de l'affectation du bien comme contrat révèle que l'acte de constitution de la sûreté peut être conclu même si la sûreté ne se forme pas à l'instant de la signature de l'acte de constitution. Toutefois, il ne se déduit pas que l'affectation du bien d'autrui en garantie de la dette soit un contrat valable purement et simplement. Bien au contraire, vu le défaut qui frappe ce type de contrat, défaut principalement relié à l'impossibilité juridique de son objet, l'affectation du bien d'autrui est susceptible de nullité. Ainsi, les prérogatives du véritable propriétaire du bien donné en garantie mettent ce propriétaire à l'abri, puisque l'affectation de son bien par une autre personne lui est simplement inopposable de fait. C'est seulement de façon très exceptionnelle que pour assurer au créancier de bonne foi une protection, qu'une sûreté sur le bien d'autrui peut être valide alors même qu'elle n'émane pas du propriétaire du bien donné en garantie. Néanmoins, il sied de préciser que le droit de rétention ne suit pas le schéma classique, selon lequel le principe serait la nullité de la sûreté et l'exception la validité de celle-ci, puisque le droit de rétention est opposable *erga omnes*.