



Avril 2023

LE PACTE COMMISSOIRE, GARANTIE EFFICACE DU CREANCIER*



Par

***Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA
Juriste -Direction du cadastre (Togo)***

*3^e Prix du Meilleur Ecrit OHADA 2022 – Catégorie meilleur article, Concours organisé par SID, 2022



REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Avril 2023

Sommaire

- Résumé en français et en anglais / Référence de l'article
- Article
- Note biographique de l'auteur



Avril 2023

Résumé

La constatation de la lourdeur dans la réalisation des sûretés a motivé le législateur OHADA à simplifier les modalités de réalisation des sûretés réelles, en introduisant des mécanismes de réalisation extrajudiciaires. C'est dans cette perspective que le pacte comissoire permet au créancier de devenir propriétaire de l'objet de la sûreté, à l'échéance en cas de non-paiement, sans l'intervention du juge. La clause du pacte comissoire devant intervenir dans une convention relative à une sûreté réelle, les conditions de sa validité ainsi que celles de son opposabilité doivent être respectées pour assurer l'efficacité de sa mise en œuvre. Des points d'ombre subsistent, en raison du manque de clarté des dispositions de l'Acte uniforme sur les sûretés, relativement à la défaillance du débiteur, au transfert de propriété ou à l'expertise des biens objet de garantie. D'autres difficultés concernent également les cas où plusieurs créanciers viennent en concurrence sur un même bien ou le cas de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur. Il revient aux parties de faire preuve de prudence dans l'élaboration du contenu du pacte comissoire.

Summary

The observation of the heaviness in the realization of the securities motivated the OHADA legislator to simplify the methods of realization of the real securities, by introducing extrajudicial realization mechanisms. It is in this perspective that the commissary pact allows the creditor to become the owner of the object of the security, at maturity in the event of non-payment, without the intervention of the judge. As the clause of the commissary pact must be included in an agreement relating to a security interest, the conditions of its validity as well as those of its opposability must be respected to ensure the effectiveness of its implementation. Gray areas remain, due to the lack of clarity of the provisions of the Uniform Act on securities, relating to the default of the debtor, the transfer of ownership or the expertise of the property covered by the guarantee. Other difficulties also concern cases where several creditors compete for the



Avril 2023

same property or the case of the opening of collective proceedings against the debtor. It is up to the parties to exercise caution in drawing up the content of the commissioner's agreement.

Référence pour citer l'article :

RDAA, Avril 2023, Le pacte comissoire, garantie efficace du créancier, Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA, <http://www.institut-idef.org>

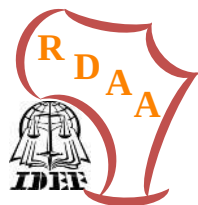
Introduction

« *Il n'est pas de pacte loyal entre les hommes et les lions* »¹. Il est permis de se demander si cette citation n'est pas une illustration de ce qui doit ou ne doit pas être fait dans les relations entre le débiteur et le créancier, lorsqu'ils sont liés par un pacte comissoire. Constituant une alternative à la saisie immobilière, l'attribution conventionnelle s'analyse comme une voie de justice simplifiée qui place le créancier par principe en position de force. Il en résulte un conflit d'intérêts complexe « *entre les intérêts financiers du débiteur et ceux du créancier, voire les intérêts concurrents des créanciers d'un même débiteur* »². Il n'est donc pas hors de propos de se demander si le pacte comissoire constitue finalement une garantie efficace du créancier.

Le mot "pacte" vient du latin *pactum* et désigne un accord solennel conclu entre deux ou plusieurs personnes. Selon le vocabulaire juridique du doyen Gérard CORNU, "comissoire" renvoie à la fois à un « *terme employé, en matière de sûreté, pour caractériser un pacte de*

¹ Homère, L'illade, XXII, 262 (traduction P. Mazon).

² C. YUEGO, « la réalisation de l'hypothèque en droit OHADA : Etude de l'AUS à la lumière du droit français », *Revue de l'ERSUMA*, n° 3, septembre 2013, n° 4, p 157.



Avril 2023

rigueur, le pacte comissoire, ou, en matière contractuelle (au moins pour la vente) comme synonyme de clause résolutoire »³. Seul sera retenu ici le premier sens, pour considérer alors le pacte comissoire comme le « nom traditionnel donné, en matière de sûreté, à la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice), sanction de rigueur qui peut aujourd'hui être convenue lors de la constitution du gage ou postérieurement (C. civ., a. 2348 ; C. com., a. L. 521-3) ou dans la convention d'hypothèque (sauf si l'immeuble grevé est la résidence principale du débiteur, C. civ., a. 2459) »⁴.

La “garantie” fait référence, dans un sens large, à « tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire (...) »⁵. L'adjectif “efficace” qualifie ce qui produit l'effet qu'on en attend, alors que le créancier est le titulaire d'une créance, la personne à qui de l'argent est dû.

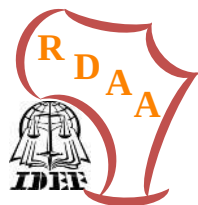
Dans cette logique, appréhender le pacte comissoire comme une garantie efficace du créancier revient à considérer ledit pacte comme un mécanisme qui prémunit le créancier, de manière certaine, contre le risque de non-remboursement⁶.

³ Voir **G. CORNU**, *Vocabulaire juridique*, Association CAPITANT, Paris, PUF, 12^e éd. 2017, p.205.

⁴ *Ibid.*, p. 729.

⁵ *Ibid.*, p. 486.

⁶ Dans l'hypothèse de l'insolvabilité ou de la mauvaise foi du débiteur.



Avril 2023

L'Acte uniforme sur les sûretés (AUS), inspiré du droit français et entré en vigueur dans les Etats de l'espace OHADA⁷, le 11 avril 1997, avait au fil des années d'application, révélé ses limites. Dans la perspective de remédier aux différentes lacunes avérées dudit Acte, de répondre pleinement aux objectifs d'un environnement juridique sécurisé et d'un marché de l'espace communautaire attractif aux investisseurs, le nouvel Acte uniforme sur les sûretés du 15 mai 2011 a apporté des innovations majeures, dont l'une d'elles est le pacte commissaire.

Jusqu'en 2011, la saisie immobilière était le seul mode de réalisation de l'hypothèque prévu par l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Simplifiées de Recouvrement et des Voies d'Exécution (AUPSRVE) en ses articles 246 à 334. Ce texte pose également, par une disposition d'ordre public, le principe de l'interdiction de la clause de voie parée⁸.

En France, jusqu'à la réforme du 23 mars 2006⁹, la loi¹⁰ interdisait que le contrat de gage comporte un pacte commissaire. Le pacte, alors qu'il était interdit par l'article 2078 du Code civil à l'égard du gage, n'a jamais été prohibé en matière hypothécaire. Depuis la réforme du 23 mars 2006, il est largement admis¹¹.

La procédure de la saisie immobilière a été jugée trop longue, coûteuse, « *inefficace et pénalisante pour le crédit* »¹². Son caractère d'ordre public s'opposait à toute convention contraire.

⁷ L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée par le traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 et révisé le 17 octobre 2008 au Québec.

⁸ Article 246 de l'AUPSRVE.

⁹ Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

¹⁰ C. civ., anc. art. 2078, al. 2 ; C. com., anc. art. L. 521-3, al. 4.

¹¹ Articles 2348 et 2459 du Code civil.

¹² C. YUEGO, *op. cit.*, n° 2, p. 156.



Avril 2023

Néanmoins, la réforme des sûretés¹³ permet désormais une dérogation en admettant l'attribution judiciaire de l'immeuble en paiement et le pacte comissoire. Le pacte comissoire a un caractère accessoire et prend en compte dans son champ d'application, aussi bien les meubles que les immeubles.

Le législateur OHADA, à travers la consécration du pacte comissoire, poursuit les objectifs de déjudiciarisation et de rapidité dans la réalisation des sûretés, par un assouplissement des modalités de constitution ou de réalisation desdites sûretés. Cela suggère une problématique formulée dans les termes suivants : le pacte comissoire constitue-t-il une garantie efficace pour le créancier au regard de ses conditions de constitution et de réalisation ?

L'intérêt d'une réflexion sur le pacte comissoire est double. D'un point de vue théorique, l'étude a un intérêt pédagogique et permet de comprendre les implications de la consécration du pacte comissoire dans les relations entre créancier et débiteur. Dans un sens plus pratique, l'intérêt d'une étude sur le sujet réside dans la finalité et dans l'impact que cette stipulation contractuelle peut avoir sur l'efficacité du recouvrement de la créance garantie, étant entendu que l'objectif premier du créancier c'est de recouvrer sa créance.

Selon un auteur¹⁴, une bonne sûreté est celle qui est simple dans sa création et efficace dans son exécution. Une analyse combinée des dispositions légales qui régissent le pacte comissoire et des difficultés susceptibles de survenir au cours de sa réalisation montre que si les modalités de sa constitution s'avèrent simples par principe(I), il apparaît que les vicissitudes de sa mise en œuvre minent son efficacité (II).

¹³ Voir les articles 198 et 199 de l'AUS.

¹⁴ **F. ANOUKAHA**, *Droit des sûretés dans l'Acte uniforme OHADA*, PUA, 1998, n° 12, p 9.



Avril 2023

I- La souplesse des modalités de constitution

La technique du pacte comissoire simplifie largement la procédure d'exécution en termes de coût et de temps. Le pacte a un caractère conventionnel¹⁵. Il n'est pas une sûreté mais un mode de réalisation des sûretés. Il est arrimé à un contrat principal dont il prévoit le dénouement conventionnel. La loi est peu contraignante quant aux conditions qui président à la conclusion du pacte comissoire. Ce dernier a un large domaine d'application, par la possibilité que le législateur OHADA a donné de le contracter à titre accessoire à une sûreté consentie aussi bien sur les meubles que sur les immeubles. Sa validité est donc soumise au respect des conditions de fond (A) mais la protection du constituant et des tiers justifie des limites ou des tempéraments qui se traduisent par le respect des conditions de forme (B) qui sont relativement peu contraignantes.

A- Les conditions de fond

Contrairement à l'hypothèque conventionnelle traditionnelle qui peut être contractée par tout débiteur et quelle que soit la destination de l'immeuble mis en garantie, la validité de l'hypothèque conventionnelle assortie d'une stipulation de pacte comissoire est soumise au respect des conditions restrictives prévues par la loi. Il s'agit d'une part des conditions relatives aux parties (1) et d'autre part des conditions relatives au bien grevé (2).

¹⁵ Il découle en effet de l'article 104 alinéa 3 de l'Acte uniforme sur les sûretés que « (...) les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement... » ou de l'article 199 alinéa 1 qu' « (...) il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ».



Avril 2023

1- Les conditions relatives aux parties

En matière de gage, le législateur OHADA admet le pacte comissoire, en distinguant selon le caractère déterminé ou non de la valeur du bien gagé. Il ressort ainsi de l'article 104, alinéa 3 que, *« si le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement. Il en va de même pour les autres meubles corporels lorsque le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel... »*.

Il s'en induit que les parties peuvent convenir d'un pacte comissoire dans deux cas : si le bien est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle, il peut librement être gagé ; si par contre, il s'agit d'un meuble corporel dont la valeur n'est plus incontestablement déterminée ou déterminable, le bien ne peut être gagé que par un débiteur professionnel. Par cette disposition, le législateur communautaire vise à protéger le débiteur non professionnel, lorsque l'évaluation du bien gagé n'est pas incontestable. En effet, le créancier gagiste pourrait imposer l'attribution conventionnelle au constituant à un moment où celui-ci serait sous l'emprise d'un besoin d'argent, moyennant une estimation inférieure à la valeur de la chose.

Le débiteur professionnel, tel qu'il résulte de l'article 3 de l'Acte uniforme sur les sûretés, désigne *« (...) tout débiteur dont la dette est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »*.

En matière immobilière, il ressort des dispositions de l'article 199 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés, qu'*« à condition que le constituant soit une personne morale*



Avril 2023

ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier ...il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué».

Conformément à cette disposition, le pacte comissoire n'est envisageable que si le constituant est une personne morale ou une personne physique dûment immatriculée au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier. La souscription du pacte n'est donc réservée qu'aux seules personnes immatriculées. La règle ainsi posée est d'ordre public. Elle n'est pas aménagée dans le seul intérêt des parties, de sorte qu'elles ne peuvent pas y renoncer, ni y déroger par des conventions particulières. Ainsi, la violation de cette condition rendrait illicite la convention stipulant le pacte comissoire.

Toutefois, il convient de constater que si l'attribution conventionnelle est interdite au constituant non inscrit, la saisie immobilière ainsi que l'attribution judiciaire de l'immeuble, au créancier hypothécaire, restent réalisables¹⁶.

Les conditions prescrites par la loi ne sont pas relatives uniquement qu'aux parties, mais elles concernent également le bien grevé.

2- Les conditions relatives au bien grevé

Seules les sûretés réelles conventionnelles telles que le gage, le nantissement ou l'hypothèque sont concernées par la stipulation du pacte comissoire. La possibilité de contracter un pacte comissoire à titre accessoire à une sûreté peut s'appliquer à un bien mobilier (a), mais aussi à un bien immobilier (b).

¹⁶ Tribunal de Commerce de Lomé, jugement N°0119/2020 du 25 février 2020, affaire Monsieur BOUKARI Arimiyao (Me BOKODJIN) C/ Monsieur HIMA Yacouba.



Avril 2023

a) - Les sûretés mobilières

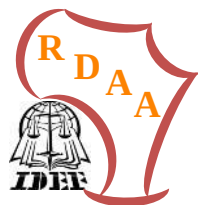
Le nouvel acte redéfinit les sûretés mobilières en les classant en fonction de la nature de leur assiette, et subsidiairement, de l'existence ou non d'une dépossession. Ainsi le "gage" désigne les sûretés portant sur les meubles corporels et le "nantissement" renvoie aux sûretés reposant sur les biens incorporels.

S'agissant du gage, l'article 104, alinéa 3 en consacre le dénouement par l'attribution conventionnelle, en distinguant selon que la valeur du bien, objet du gage, a ou non un caractère déterminé, c'est-à-dire connu, ou déterminable, c'est-à-dire calculable.

Contrairement à son homologue français qui distingue entre le gage civil et le gage commercial, le législateur OHADA fixe les critères de distinction sur le caractère déterminé ou non de la valeur du bien gagé. Ainsi, les parties peuvent librement convenir d'un pacte comissoire lorsque le bien gagé est une somme d'argent ou un bien dont la valeur fait l'objet d'une cotation officielle. Par contre, le bien gagé qui est un meuble corporel dont la valeur n'est pas, incontestablement déterminé ou déterminable, ne peut alors faire l'objet d'un pacte comissoire que si le débiteur de la dette garantie est un débiteur professionnel.

S'agissant des meubles incorporels, les biens pouvant notamment faire l'objet d'un nantissement sont les suivants : les créances et les comptes bancaires, les droits d'associés et valeurs mobilières, les comptes de titres financiers, les droits de propriété intellectuelle, le fonds de commerce et privilège du vendeur de fonds de commerce¹⁷. Le pacte comissoire peut être stipulé à l'occasion du nantissement de la plupart de ces biens.

¹⁷ Article 126 de l'Acte uniforme sur les sûretés (AUS).



Avril 2023

Conformément à l'article 136 de l'Acte uniforme, les règles régissant le nantissement de créances s'appliquent également au nantissement de compte bancaire.

Aussi, il ressort des dispositions des articles 144 et 161 de l'Acte uniforme, que le nantissement des droits d'associés et des valeurs mobilières, d'une part, ainsi que celui des droits de propriété intellectuelle d'autre part, confèrent un droit de réalisation conformément aux dispositions des articles 104 et 105.

Il s'infère de ces différentes dispositions que les parties peuvent convenir d'un pacte commissaire à l'occasion de la constitution d'une sûreté sur ces différents biens.

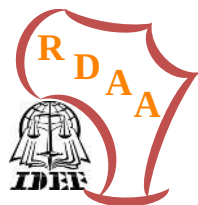
Par contre le législateur a exclu la possibilité de stipuler un pacte commissaire dans le cas d'un nantissement de fonds de commerce. Il est en effet prévu à l'article 178 de l'Acte uniforme que *« les créanciers inscrits bénéficient (...) d'un droit de réalisation qu'ils exercent conformément aux dispositions de l'article 104, alinéa 1, du présent acte uniforme... »*.

La conclusion d'un pacte commissaire dans le cas des immeubles est également soumise à certaines conditions.

b) - Les sûretés immobilières

La deuxième condition posée par l'article 199 alinéa 1 de l'Acte uniforme voudrait *« que l'immeuble hypothéqué ne soit pas à usage d'habitation »*. L'utilisation d'un logement à des fins d'habitation fait obstacle à l'attribution conventionnelle de l'immeuble. Cette condition est pour le moins équivoque, dans la mesure où elle peut être source de diverses interprétations, ne permettant pas de saisir précisément l'esprit du législateur.

Il s'agit en clair d'une mesure protectrice du constituant, qui permet d'exclure du champ de la stipulation du pacte commissaire, les immeubles à usage d'habitation. L'ambiguïté réside dans le fait de savoir si "l'usage à des fins d'habitation" dont il s'agit ici concerne exclusivement le



Avril 2023

constituant, ou s'il s'applique également à tout autre occupant. Autrement, la mesure de protection vise-t-elle uniquement la résidence principale du débiteur, ou est-ce qu'elle prend également en compte le local mis en bail à usage d'habitation par exemple ? La doctrine est divisée sur la question.

Selon un auteur¹⁸, on doit en déduire que l'immeuble visé est celui de la résidence principale du débiteur ou du tiers constituant, de sorte que les autres immeubles leur appartenant, quel que soit l'usage auquel ils sont destinés, doivent pouvoir faire l'objet de la stipulation. Même si cette interprétation n'est pas dénuée de sens, le législateur aurait pu reprendre la formule de l'article 198 en visant expressément la résidence principale du constituant dans l'article 199, dans un souci de clarté et de précision.

Une seconde thèse¹⁹, se fondant sur l'adage « *ubilex non distinguit* », défend que l'interdiction par le législateur de l'attribution conventionnelle de l'immeuble à usage d'habitation concerne tant le local habité par le constituant que celui occupé par les tiers du chef du constituant. Donc, seule importerait ici la destination de l'immeuble. Cette seconde conception est plus plausible et commande qu'on ne distingue pas là où la loi n'a pas fait de distinction. Il conviendra donc de considérer que tous les immeubles à usage d'habitation sont exclus du champ d'application du pacte. Le créancier doit s'assurer que l'immeuble n'est pas à usage d'habitation et il peut prévoir dans la clause que le changement de destination de l'immeuble après la conclusion du pacte ne lui est pas opposable.

Les parties devront en plus veiller à respecter les conditions de forme qui s'imposent à elles.

¹⁸ **A. FENON**, « Le pacte comissoire : une innovation importante du nouvel Acte uniforme sur les sûretés », [OHADA.com](https://ohada.com) - D-12-82 : [Alain FENEON](#), p 10.

¹⁹ **C. YUEGO**, *op. cit.*, n° 11, p. 160.



Avril 2023

B- Les conditions de forme

Les conditions de forme sont relatives à l'exigence d'un écrit (1) et à l'exigence de publicité (2).

1- L'exigence d'un écrit

Le pacte comissoire n'est pas une nouvelle sûreté consacrée par le législateur OHADA ; sa stipulation est liée aux modalités de réalisation de la sûreté dont il est l'accessoire. Conformément aux dispositions du Code civil français²⁰, la stipulation du pacte comissoire peut intervenir au moment de la constitution de la garantie ou postérieurement. La position de la jurisprudence française²¹ est que la clause stipulant le pacte est valable, même si elle intervient postérieurement à la constitution de la garantie à titre d'avenant. Une lecture littérale de l'article 199 de l'AUS, suggère que le pacte comissoire est inséré dans la convention d'hypothèque. Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que dans l'espace OHADA, la stipulation de la clause portant pacte comissoire puisse intervenir au moment de la constitution de la garantie ou ultérieurement par voie d'avenant. Dans ce dernier cas, la convention d'hypothèque ne constitue plus alors le support du pacte comissoire.

Le contrat de gage, tout comme le contrat d'hypothèque doit être établi par écrit.

S'agissant du gage, l'écrit est exigé à peine de nullité avec le nouvel Acte uniforme. L'article 96 de l'Acte uniforme dispose qu' « *à peine de nullité, le contrat de gage doit être constaté*

²⁰ Article 2348 al. 1 du Code civil.

²¹ Cass., 5 octobre 2004, pourvoi n° 0100863, BNP c/ X., Bull. civ., 2004, IV, n° 176, p. 199 : La chambre commerciale a considéré que les dispositions de l'article 2078 du Code civil ne font pas obstacle à ce que postérieurement à la constitution du gage, le débiteur demande au créancier gagiste de procéder pour son compte, à la vente de la chose donnée en gage.



Avril 2023

dans un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ». L'écrit n'est plus une condition de preuve du gage, mais une condition de validité²². Cette solution est plus réaliste et conforme à la pratique. Aussi, le contrat de gage est opposable aux tiers, soit par son inscription au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, soit par dépossession²³.

Pour ce qui concerne le contrat d'hypothèque, l'acte écrit peut prendre différentes formes, conformément aux dispositions de l'article 205 de l'Acte uniforme²⁴ ; mais la nature de l'acte dépend des dispositions nationales applicables et plus particulièrement de la loi du lieu de situation de l'immeuble.

La rédaction du contenu du pacte comissoire est une étape importante. Les parties à la convention devront anticiper les difficultés de la mise en œuvre du pacte. Il existe en effet le risque, que les créanciers qui maîtrisent les techniques de garantie de financement influencent à leur profit la conception et la rédaction du pacte comissoire. Qu'il s'agisse du contrat de gage ou du contrat d'hypothèque, si le pacte est concomitant à la constitution de la sûreté, il en empruntera la forme. S'il est conclu postérieurement, même si aucune condition de forme ne paraît

²² L'ancien article 49 alinéa 1 exigeait l'écrit à titre d'opposabilité.

²³ Article 97 alinéa 1 de l'AUS.

²⁴ Article 205 de l'AUS : « *L'hypothèque conventionnelle est consentie, selon la loi nationale du lieu de situation de l'immeuble :*

- par acte authentique établi par le notaire territorialement compétent ou l'autorité administrative ou judiciaire habilitée à faire de tels actes ;

- Ou par acte sous seing privé dressé suivant un modèle agréé par la conservation de la propriété foncière.

La procuration donnée à un tiers pour constituer une hypothèque en la forme notariée doit être établie en la même forme ».



Avril 2023

s'imposer *a priori* pour la validité du pacte, le créancier qui souhaitera se prévaloir du pacte commissaire, devra satisfaire aux exigences probatoires.

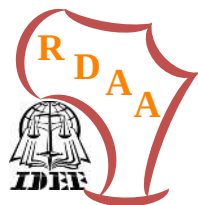
2- La publicité du pacte commissaire

Outre la publicité de l'hypothèque ou du gage, celle du pacte commissaire est nécessaire pour sécuriser la prérogative qui est reconnue au créancier de devenir propriétaire de la chose objet de garantie, si la créance n'est pas payée.

S'agissant du gage, la publicité se fera par l'inscription suivant les règles prévues pour l'inscription des sûretés au Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, conformément aux articles 51 et suivants de l'AUS.

En ce qui concerne les immeubles, la publicité du pacte commissaire consiste en une publication du pacte dans les registres spéciaux tenus par le service en charge de la conservation foncière dans chaque Etat membre de l'OHADA. Cette formalité assure l'opposabilité du pacte aux tiers ; dans cette mesure, il n'est pas exagéré de considérer que la publicité du pacte est une condition de son efficacité.

Toutefois, l'Acte uniforme n'a pas réglementé la publicité du pacte commissaire, étant entendu que les règles relatives à la publicité foncière ne relèvent pas de la compétence de l'OHADA. C'est dans ce sens que l'article 195, alinéa 1er de l'AUS renvoie au droit national en disposant que « *tout acte conventionnel ou judiciaire constitutif d'hypothèque doit être inscrit conformément aux règles de publicité édictées par l'Etat Partie où est situé le bien grevé et prévues à cet effet* ». Par conséquent, la publicité du pacte commissaire est soumise au droit interne des Etats membres de l'OHADA.



Avril 2023

Dans les droits nationaux, ce sont les textes portant organisation du régime foncier²⁵ qui régissent les règles concernant la publicité foncière. Ces textes n'ont pourtant pas pris en compte les deux nouveaux modes d'attribution de l'hypothèque et ils rappellent²⁶ d'ailleurs l'interdiction de la clause de voie parée posée par l'article 246 de l'AUPSRVE. Il serait utile que les pays membres de l'OHADA prennent les dispositions nécessaires pour rendre effective l'application des nouveaux modes de réalisation de l'hypothèque, à travers une réforme des textes portant organisation du régime foncier.

La souplesse des conditions de constitution se traduit par la liberté qui est laissée aux parties d'organiser leurs rapports juridiques dans la conclusion du pacte. Néanmoins cette souplesse se conjugue avec les imprécisions de certains points qui sont laissés à la discrétion des parties. Ces imprécisions concernent notamment la défaillance du débiteur, le transfert de propriété et l'expertise de l'immeuble hypothéqué²⁷.

²⁵ Exemple de la loi N° 2013-01 du 14 janvier 2013 portant code foncier et domanial en République du Bénin ; Loi N° 2018-005 du 14 juin 2018 portant Code foncier et domanial au Togo.

²⁶ L'article 206 de la loi du Bénin suscitée ou l'article 400 du Code Foncier et Domanial togolais : « *Le créancier ne peut faire vendre les immeubles appartenant à son débiteur qu'en respectant les formalités prescrites par les dispositions de l'Acte uniforme de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution et du présent code.*

Toute convention contraire est nulle ».

²⁷ C. YUEGO, *op. cit.* n° 22, p. 165.



Avril 2023

II- L'efficacité paralysée par les difficultés de réalisation du pacte

Les critères d'appréciation de l'efficacité du pacte commissaire sont constitués par l'atteinte des objectifs de simplicité, de rapidité et de réduction des coûts dans sa mise en œuvre²⁸. Or, si le transfert de propriété est censé s'opérer de manière automatique, force est de constater qu'il consiste en un véritable mécanisme (A) dont la complexité est susceptible de compromettre l'efficacité recherchée par le législateur communautaire. Par ailleurs, d'autres incidents peuvent apparaître en cours d'exécution (B).

A- Le mécanisme de transfert du droit de propriété

Le transfert de propriété nécessitant l'accomplissement d'un certain nombre d'actes, il s'en suit que l'effet translatif n'est pas un acte instantané. L'effet translatif est subordonné au respect de quelques conditions (1) qui rendent hypothétique, la détermination de la date de l'opération translatrice (2).

1- Les conditions du transfert de propriété

La mise en œuvre du pacte commissaire en droit OHADA suppose la réalisation de trois conditions préalables. Il s'agit de la défaillance du débiteur, sa mise en demeure, ainsi que l'expertise du bien grevé.

La défaillance du débiteur est l'élément déclencheur de la mise en œuvre de la clause ayant prévu une attribution en propriété de la chose, objet de la sûreté. Il ressort en effet de l'article

²⁸ **BLG. MEVA ABOMO**, « l'efficacité du Pacte Commissaire en Droit des sûretés OHADA », www.imjst.org, ISSN : 2528-9810, Vol. 5 Issue 7, July-2020, n° 23 p. 1317.



Avril 2023

104 de l'Acte uniforme que « (...) les parties peuvent convenir que la propriété du bien gagé sera attribuée au créancier gagiste en cas de défaut de paiement... ».

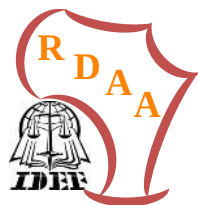
La défaillance du débiteur est avérée lorsqu'il ne règle pas à son échéance, une créance qui présente les trois critères traditionnels de certitude, de liquidité et d'exigibilité. La Cour Commune de Justice et d'arbitrage a eu l'occasion d'apporter des précisions, relativement à ces trois caractères, dans le cas de la réalisation d'une hypothèque. Elle a ainsi jugé que la créance est : certaine, lorsque « son existence ne souffre d'aucune contestation dès lors qu'elle tire son essence d'une relation contractuelle non contestée par les parties »²⁹ ; liquide, dès que « son quantum est déterminé dans sa quantité, en d'autres termes, chiffrée »³⁰ ; exigible, « lorsque le débiteur ne peut se prévaloir d'aucun délai ou condition susceptibles d'en retarder ou d'en empêcher l'exécution ».

La défaillance du débiteur qui s'analyse comme le défaut d'exécution de l'obligation principale, est une condition indispensable pour déclencher la mise en œuvre du pacte dans le cadre d'une sûreté mobilière.

Quoique cette précision ne soit pas donnée par l'article 199 de l'Acte uniforme, il faut considérer que cette condition est implicite. Il s'induit que la mise en œuvre du pacte commissoire, en matière mobilière ou immobilière est soumise à la condition impérative de la carence du débiteur. La défaillance du débiteur doit être considérée comme une véritable exigence de la

²⁹ CCJA, arrêt n°19 du 06 novembre 2003, affaire société générale de financement par crédit-bail dite SODEFIBAIL c/Monsieur Dramer Mamadou.

³⁰ CCJA, arrêt n°21 du 17 juin 2004, affaire SDV-CI c/ Rial Trading, RJCCJA n°3, jan-juin 2004, p.130 et suiv. ; v. aussi arrêt n°017.2002 du 27 juin 2002, Sté El Nasr import-export c/Sté Domomies de CôteD'ivoire dit DDCI, le juris-ohada n° 4/2002, p.47.



Avril 2023

loi³¹ ; c'est à partir de ce moment que le pacte peut produire les effets essentiels, notamment, le transfert de propriété au profit du créancier. Néanmoins, la réalisation du pacte commissaire ne s'opère pas de façon automatique. Le créancier, s'il souhaite lever l'option, devra signifier une mise en demeure mentionnant sa volonté de faire transférer la propriété du bien à son profit, au terme du délai imparti.

La mise en demeure intervient aussi bien en matière immobilière³² que mobilière. Cependant, aucune formalité ni délai n'est requis dans le cadre de l'attribution conventionnelle du bien gagé. Bien que le législateur n'ait pas été clair en matière mobilière, il existe une idée traditionnelle selon laquelle il est important que le créancier réclame sa dette, faute de quoi son silence vaut prolongation tacite de l'échéance. Par la mise en demeure³³, le créancier informe le débiteur que s'il ne paie pas dans le délai imparti, la sûreté dont le pacte commissaire est l'accessoire, sera réalisée. Elle témoigne également de la bonne foi du créancier, qui s'abstient de mettre à exécution les sanctions, sans que la défaillance du débiteur ne soit avérée³⁴. La question qu'il convient de se poser est celle de savoir s'il faut un acte, en dehors de la mise en demeure restée sans effet, pour constater la défaillance du débiteur. Une réponse positive s'impose, tant il est vrai qu'on ne peut se fonder sur la seule mise en demeure pour prouver la carence du débiteur. La preuve de la défaillance du débiteur doit être établie, afin de déclencher incontestablement, la mise en œuvre du pacte. L'huissier qui a signifié la mise en demeure peut constater dans un acte après trente (30) jours que la mise en demeure effectuée par ses soins est restée sans effet et qu'il n'y a pas eu paiement. La preuve de la défaillance du débiteur peut résulter

³¹ **A. FENON**, *op. cit.* p 11.

³² Alinéa 2 de l'article 199 de l'AUS.

³³ Tribunal de Commerce de Lomé, jugement N°0202/2021 du 24 mars 2021, affaire Sieur DAGBA Komi Edoh (Me LAWSON-LATEVE) C/ Sieur RAMNANI K. Jaikumar (Me ATTIVI).

³⁴ **BLG. MEVA ABOMO**, *op. cit.*, n° 21, p. 1317.



Avril 2023

également d'un acte notarié³⁵ s'il était prévu que le notaire devait recevoir le paiement de la somme due.

Un autre préalable impératif dans la mise en œuvre du pacte comissoire, c'est l'évaluation du bien objet de la sûreté. Le bien doit être estimé par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, toute clause contraire étant réputée non écrite.

L'article 199 alinéa 2 prescrit la constatation du transfert de propriété dans « *dans un acte établi selon les formes requises par chaque État partie en matière de transfert d'immeuble* ». Dans les Etats membres de l'OHADA, ce sont les textes organisant le régime foncier qui régissent la forme du transfert d'immeuble. Ainsi, certains codes fonciers et domaniaux disposent que le transfert doit être constaté par acte authentique³⁶ ou par acte sous seing privé déposé au rang des minutes du notaire³⁷.

Les parties doivent anticiper les difficultés pratiques d'exécution du pacte comissoire par l'insertion des clauses applicables à son exécution. La détermination de la date de transfert du droit de propriété fait partie des difficultés à prévoir.

2- La détermination fastidieuse de la date de l'opération translatrice

Le législateur OHADA, comme le législateur français, n'a pas donné une idée précise de la date du transfert du bien hypothéqué. Dans ces circonstances, les parties devraient régler les modalités précises du transfert, notamment, la date du transfert, de façon à éviter toute difficulté sur ce point lors de l'exécution du pacte. La détermination du moment du transfert de propriété est

³⁵ L'acte constate la réalisation de la condition suspensive du transfert de la propriété.

³⁶ Article 281 alinéa 1 du code foncier et domanial du Togo.

³⁷ Article 157 alinéa 1 du code foncier du Bénin.



Avril 2023

importante, et ce à deux égards. D'abord sur un plan théorique, le pacte ne pourra pas être réalisé après le jugement d'ouverture, si le constituant fait l'objet d'une procédure collective³⁸. Ensuite d'un point de vue pratique, la date du transfert est essentielle à déterminer lorsqu'il s'agit d'un bien dont la valeur peut fluctuer dans le temps³⁹.

Le silence de la loi pourrait signifier que les parties peuvent déterminer à leur convenance la date du transfert de la propriété dans le pacte commissaire. Mais dans le silence de leur convention, il faudrait retenir la date de la défaillance du débiteur. Ce dernier est défaillant lorsqu'il ne règle pas une créance qui est certaine, liquide et exigible. Dès lors le moment du transfert dans cette hypothèse serait celui de « *l'inexécution avérée du débiteur, celui de l'échéance sans effet d'une mise en demeure puisqu'en principe la seule échéance du terme ne constitue pas le débiteur en faute* ». ⁴⁰

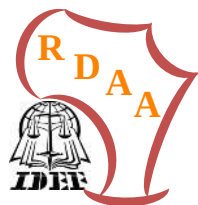
B- Les incidents à la réalisation du pacte

D'autres difficultés et pas des moindres, persistent dans la réalisation du pacte commissaire. Il s'agit, du problème du sort des créanciers hypothécaires autres que l'attributaire du bien (1) à la suite de la consignation de la soulte, mais encore celui du sort des créanciers hypothécaires à l'ouverture d'une procédure collective (2).

³⁸ Article 9 AUPC (pour le règlement préventif) ; art. 75 AUPC (pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens).

³⁹ Un titre financier par exemple.

⁴⁰ **L. Aynes**, « Le nouveau droit du gage », in *Sûretés mobilières : du nouveau, Droit & patrimoine*, n° 161, juillet-août 2007, p. 48.



Avril 2023

1- Le conflit entre le créancier attributaire et les autres créanciers hypothécaires

La pluralité de créanciers est une situation qui présente la forte présomption de faire naître un conflit entre eux. L'article 200 alinéa 2 de l'Acte uniforme prescrit la consignation de la soulte par le créancier⁴¹, lorsque la valeur de l'immeuble excède le montant de la créance garantie et qu'il existe d'autres créanciers hypothécaires. Il est possible que le constituant consente plusieurs hypothèques sur le même immeuble ouvrant droit à plusieurs modes de transfert. Lequel des créanciers hypothécaires devra dans ce cas bénéficier de l'attribution du bien ? L'Acte uniforme portant sur les sûretés, tout comme l'ordonnance française de 2006 portant réforme du droit des sûretés n'a pas abordé cette question. Néanmoins, deux solutions peuvent être envisagées.

Le premier critère relatif à la date de l'inscription hypothécaire permet de déterminer le créancier attributaire. Il permet en effet au créancier hypothécaire de premier rang d'exclure tout autre créancier de rang inférieur. Selon l'article 195, alinéa 2, c'est le rang de l'inscription, déterminé en fonction de la date à laquelle elle a été prise, qui est le critère de distribution du prix. La majorité de la doctrine française est favorable à cette solution, soutenant qu'il faudrait « réserver l'attribution au créancier de premier rang »⁴². Ainsi, suivant cette règle, c'est le premier créancier inscrit, quel que soit les configurations de conflit entre les créanciers hypothécaires, qui devrait l'emporter. Le cas échéant, les créanciers évincés viendraient en concours à la soulte si la valeur du bien attribué au premier créancier inscrit est supérieure au montant de sa créance.

⁴¹ Voir également l'article 105 de l'AUS pour le cas du gage.

⁴² C. YUEGO, *op. cit.* n° 72, p. 181.



Avril 2023

Le second critère est relatif à la date d'exigibilité de la créance. Selon les auteurs favorables⁴³ à ce critère, la faculté d'attribution du bien est acquise à celui dont la créance devient exigible en premier. Dans ce cas, un créancier de rang inférieur dont la créance est exigible en premier, pourrait bénéficier de l'attribution du bien malgré l'existence des créanciers d'un meilleur rang. La jurisprudence française⁴⁴ a quelques fois adopté cette solution.

Dans le droit OHADA, le législateur communautaire n'a pas précisé la qualité de celui qui pourrait invoquer l'attribution du bien faisant l'objet de la garantie ; ce qui signifierait par exemple qu'une telle « *faculté est ouverte à tous les créanciers hypothécaires* »⁴⁵ dans le cas d'un bien hypothéqué. Un créancier non prioritaire pourrait demander et acquérir le bien hypothéqué, avec le risque de se voir opposer le droit de priorité du créancier non attributaire. L'attribution du bien en fonction de la date d'exigibilité ne présente aucune sécurité pour l'attributaire, alors que l'attribution selon le rang de l'inscription paraît plus rationnelle ou crédible pour le créancier. De ce fait, le créancier inscrit en second rang en connaissance d'une inscription prioritaire, prend le risque d'être évincé par le créancier prioritaire. Le créancier a donc tout intérêt à faire inscrire son droit le plus rapidement possible mais il n'est pas totalement à l'abri de l'ouverture d'une procédure collective.

⁴³ *Ibid.*, n° 73.

⁴⁴ Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-12017 et 01-15228 : admet l'attribution des parts sociales à un créancier nanti en second rang.

⁴⁵ C. YUEGO, *op. cit.* n° 74, p. 182.



Avril 2023

2- L'ouverture d'une procédure collective

La décision d'ouverture d'une procédure collective « *suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à obtenir le paiement des créances nées antérieurement à ladite décision* »⁴⁶. Cela est de nature à altérer la mise en œuvre du droit des sûretés. Lorsque l'ouverture d'une procédure collective intervient à l'encontre du débiteur, la réalisation du pacte commissaire conclu antérieurement au jugement ouvrant la procédure devient par principe impossible au créancier. La décision d'ouverture place en effet tous les créanciers sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur paiement, qu'ils soient créanciers chirographaires ou créanciers privilégiés. Le jugement d'ouverture interdit de plein droit de payer toute créance née antérieurement audit jugement, exception faite du paiement par compensation des dettes connexes⁴⁷.

La question qu'il sied de se poser est celle-ci : le jugement d'ouverture empêche-t-il l'exécution du pacte commissaire conclu antérieurement à la décision prononçant son redressement judiciaire ou la liquidation des biens ? Conformément à l'article 150 alinéa 1 de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, « *les ventes d'immeubles ont lieu suivant les formes prescrites en matière de saisie immobilière, sauf dans le cas où ladite saisie est soumise à une clause d'exécution extrajudiciaire conformément à l'Acte uniforme portant organisation des sûretés ...* ». Le pacte commissaire étant un moyen de réalisation extrajudiciaire de l'hypothèque, il faut en déduire que son exécution est permise dans le cadre d'une procédure collective au détriment de la masse des créanciers ou de la suspension des poursuites. Néanmoins, les conditions de la réalisation du pacte commissaire dans le cadre d'une procédure collective restent à clarifier au regard du rang des différents créanciers et des règles en vigueur en matière de procédure collective.

⁴⁶ Article 9 de l'AUPC pour le règlement préventif ; article 75 de l'AUPC pour le redressement judiciaire et la liquidation des biens.

⁴⁷ Article 68, 102 et 109 de l'AUPC.



Avril 2023

Conclusion

L'admission du pacte comissoire à travers la réforme du droit OHADA des sûretés visait à répondre aux nombreuses difficultés des procédures de saisie jugées longues, coûteuses et inefficaces. Afin de faciliter la mise en œuvre du pacte, le créancier devra veiller au respect des différentes conditions de sa validité et de son opposabilité.

Les parties dans la convention et surtout les rédacteurs d'actes doivent s'assurer de la qualification juridique de l'acte rédigé, de la clarté et de la précision des différentes dispositions et anticiper sur les questions qui pourront se poser au cours de la réalisation du pacte.

La publicité des sûretés faisant l'objet d'un pacte comissoire, celles du pacte comissoire et de l'acte constatant le transfert de propriété ne sont pas à négliger. En effet, la publicité apparaît comme un critère d'efficacité qui, au-delà de la transparence de la vie économique qu'elle assure, facilite également le règlement des conflits.

La réforme du droit OHADA des sûretés constitue sur certains points un acquis certain. Néanmoins, l'œuvre de modernisation doit se poursuivre pour assurer l'efficacité et l'attractivité des sûretés OHADA.

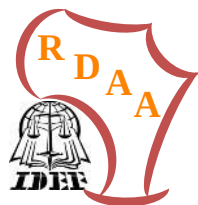


Avril 2023

Note biographique de l'auteur

Tchiri-Issar Romaric Joël BATANATA est juriste, titulaire du master intitulé « Justice et droit du procès » à l'université de Kara. Il est employé à la Direction du Cadastre de la Conservation Foncière et de l'Enregistrement de l'Office Togolais des Recettes. Il s'intéresse également à la protection des données personnelles, à la fiscalité et au droit foncier.

**Tchiri-Issar Romaric
Joël BATANATA**



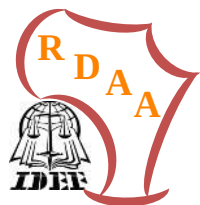
Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Avril 2023

OHADA
2022





REVUE DU DROIT DES AFFAIRES EN AFRIQUE (RDAA)

Editée par

L'Institut du droit d'expression et d'inspiration françaises

Avril 2023

La Revue du Droit des Affaires en Afrique est publiée grâce au soutien de :

