

OHADA et droit des sûretés

Ronan BERNARD-MENORET

*Maître de conférences à l'Université de La Réunion
Coordinateur de l'Institut de Droit des Affaires Internationales (Le Caire)
Directeur de la filière juridique française
Université du Caire – Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Comment parler du droit des sûretés proposé par l'acte uniforme du 17 avril 1997 et publié au JO OHADA du 1 juillet 1998 sans procéder à une comparaison avec le droit des sûretés français et ce surtout depuis sa refonte par la réforme de 2006? Il s'agira donc d'une présentation par comparaison.

Cette comparaison conduit à suivre les évolutions des textes afin d'y apprécier les corrélations et distorsions et donc à distinguer les rapports existant avant la réforme (1) et après la réforme française (2). La première étape montre le souci de cohérence et les avancées de l'acte uniforme face au Code civil. La seconde confirme que l'acte uniforme avait jeté les bases d'une structuration cohérente pour le Code civil dont la rédaction se veut désormais à même d'affronter l'étendue des nouveaux biens sujets à garantie avec une grande souplesse.

I.- Avant la réforme de 2006

L'acte uniforme, conçu d'un seul tenant et récent, inclut les avancées nées de la pratique (a) et surtout offre l'illustration d'un effort, d'une recherche de rationalisation de la matière et ce dans une optique pragmatique puisque devant se montrer un outil convaincant pour les Etats signataires d'origine et futurs. Le fait qu'il s'agisse d'un seul acte lui conserve une structure cohérente par rapport au Code civil au sein duquel se sont accumulés les réformes et les ajouts (b).

a) Un acte uniforme capable d'intégrer les nouveautés

- Un premier intérêt de cette source vient du fait que l'acte uniforme incorpore au sein des sûretés des techniques de garantie sur lesquelles les juristes français continuaient de discourir quant à leur nature. La lettre de garantie, équivalent de la garantie autonome, et le droit de rétention sont ainsi reconnus comme des sûretés et donc reçoivent une définition et un régime par le droit OHADA.

b) Un acte uniforme mieux structuré que le Code civil

- Précédemment à la réforme des sûretés, le Code civil présentait une matière éclatée. Cautionnement au titre XIV, séparé par la transaction et le compromis du nantissement, des privilèges et des hypothèques aux titres XVII et XVIII.

Il ressortait également de cette présentation une division de la matière selon le critère de la dépossession. Le nantissement représentait les sûretés avec dépossession, composées du gage pour les meubles et de l'antichrèse pour les immeubles. Privilèges et hypothèques couvraient les cas de sûretés sans dépossession.

Or, ce découpage ne correspondait pas aux enjeux de la matière en fait répartie selon la nature des biens visés. D'un côté se trouvaient les sûretés sur les meubles, de l'autre l'hypothèque ne portant que sur des immeubles.

Cette identification de l'hypothèque à l'immeuble conduisait à rattacher toute sûreté portant sur les meubles au nantissement.

Ce phénomène intéressait principalement le développement des sûretés portant sur des meubles incorporels. D'où le développement de sûretés sur meubles incorporels intitulées "nantissements" alors qu'il s'agissait d'hypothèques, puisque fonctionnant sans dépossession.

- L'acte uniforme portant organisation des sûretés offre une autre structure.

- Les pays membres de l'organisation appliquaient le droit français des sûretés mais le texte d'uniformisation n'a pas repris l'architecture critiquable du Code civil. L'acte uniforme représente l'achèvement d'un travail dicté par le pragmatisme et la simplicité.

La matière y est divisée entre sûretés personnelles et réelles. Le droit des sûretés réelles se subdivise entre sûretés sur les meubles et celles sur les immeubles. Les sûretés réelles mobilières se divisent encore entre le gage, sûreté mobilière avec dépossession et le nantissement, sûreté réelle mobilière sans dépossession.

Ceci consacre la confusion terminologique instituée par le droit français selon laquelle le nantissement serait la forme sans dépossession du gage, alors que les nantissements sont à l'origine toutes les sûretés avec dépossession.

- Par ailleurs, le texte OHADA vise tout type de relation sans opérer de distinction entre les matières civiles, commerciales ou autres. Cette démarche permet une présentation homogène de la matière quand le droit français est éclaté entre plusieurs Codes et des lois non intégrées. Ainsi l'acte uniforme intègre le nantissement du fonds de commerce ou encore celui du matériel professionnel. Ceci offre une présentation simple des sûretés que le découpage du droit français en plusieurs codes ne permet pas. Pour autant, l'effort de simplification n'est pas complet puisque l'on retrouve dans l'acte uniforme la pléiade de nantissements spéciaux que connaît le droit français.

- Partant d'un fond commun, le droit des sûretés OHADA offre une présentation simplifiée et donc pragmatique par rapport au droit français. Ceci est particulièrement frappant concernant les privilèges et les hypothèques, dont la complexité française offrait la marque d'une sédimentation des interventions législatives successives, soit pour toujours satisfaire de nouveaux créanciers sans remettre en cause les intérêts des précédents en matière de privilèges, soit pour prendre en considération toutes les configurations patrimoniales et familiales pour l'hypothèque.

Ceci est encore plus marquant concernant le classement des sûretés, relevant en droit français du parcours d'obstacles du fait de règles éclatées. L'acte uniforme s'inscrit là encore dans une démarche de simplicité en traitant cette question en seulement deux articles. Mais regret encore! Le mécanisme de classement reprend les travers du système français.

II.- Après la réforme de 2006

- Soucis de cohérence et de modernité ont présidé à la rédaction de la réforme du Code civil en matière de sûretés. Le Code civil se rapproche de l'acte uniforme (a) et va plus loin par la mise en œuvre de techniques plus souples (b).

a) Un Code civil dans le sillage de l'acte uniforme

- Avec la réforme de 2006, le droit français s'offre une cohérence de présentation reprenant celle de l'acte uniforme. Les sûretés bénéficient désormais d'un livre dans le Code civil, livre divisé entre les sûretés personnelles et réelles, elles-mêmes divisées entre sûretés mobilières et immobilières.

- Au titre des constantes, notons que concernant les régimes spéciaux comme les nantissements de fonds de commerce, de fonds agricole, de l'outillage et du matériel ainsi que les warrants font toujours l'objet renvois à des Codes ou textes particuliers.

- En matière d'hypothèque, elle montre un visage aussi complexe que précédemment par rapport à l'acte uniforme. A cela une raison; l'acte uniforme s'inscrit à minima afin de ne pas perturber le droit de chaque Etat notamment en matière de publicité foncière.

- Le Code civil intègre également des techniques de garantie avec la lettre d'intention, la garantie autonome et la réserve de propriété.

De ces techniques, l'acte uniforme ne connaît que la garantie autonome sous le vocable de lettre de garantie et sous une forme reprise et simplifiée des pratiques de la chambre de commerce de Paris.

La technique est encore simplifiée lors de son intégration dans le Code civil puisque la garantie autonome ne fait l'objet que d'un article, l'article 2321, tout comme la lettre d'intention avec l'article 2322.

b) Un Code civil plus moderne

- L'effort de modernisation conduit même à faire disparaître le terme au parfum démodé et élitiste d'antichrèse au profit de celui de gage immobilier, sûreté que ne connaît pas l'acte uniforme, comme ne la connaissait pas le droit colonial.

De ce vocable on pourrait conclure que le gage représenterait les sûretés avec dépossession, le nantissement représentant les sûretés mobilières sans dépossession, le terme d'hypothèque étant réservé aux immeubles.

Mais les rédacteurs de la réforme préfèrent rattacher le gage aux biens corporels, immeubles lorsqu'il y a dépossession et meubles, et le nantissement aux biens incorporels. Ceci conduit à une rupture avec l'acte uniforme. Ce dernier reste sur une division liée à la dépossession en matière de meubles, le gage s'il y a dépossession et sinon le nantissement. Le gage français permet quant à lui la mise en œuvre du gage sans dépossession. Ceci représente une innovation majeure pour la matière et au regard de l'acte uniforme. Toute la question est aujourd'hui de savoir comment ce nouveau dispositif va se positionner par rapport au gage, c'est-à-dire à la dépossession. Les textes prévoient en partie les solutions, mais en partie seulement.

En conclusion, la proximité de forme est évidente. La volonté de simplification est commune. Volonté intrinsèque à l'acte uniforme, volonté qui s'est imposée au droit français devenu synonyme de complexité, mais le pragmatisme et la cohérence restent en faveur du droit OHADA. L'effort de simplification du droit français n'a pas conduit à faire disparaître toutes les scories du passé.

Sur le fond, les droits étaient quasi similaires jusqu'à la réforme de 2006 et les innovations apportées en matière de gage, innovations qui ne viennent guère participer à la cohérence de la matière.

Le droit OHADA reste toutefois très proche et pourra sans difficulté intégrer les nouveautés inaugurées par la réforme si elles se montrent efficaces. Espérons qu'il sera mieux les présenter, comme a su le faire l'acte uniforme de 1997.

Enfin et c'est un peu ma marotte, on peut regretter que la réforme ne soit pas allée aussi loin que l'acte uniforme concernant le droit de rétention qui est parvenu à lui offrir un cadre et une définition clairs.